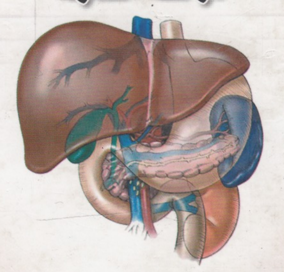
الكتب القانونية

أحكام زراعة الكبد
فى القانون المدنى والفقه الإسلامى
"دراسة مقارنة"



دكتور

محمد محمد أحمد سويلم

دكتوراه فى القانون الخاص

مع مرتبة الشرف الأولى

مع التوصية بالطبع والتداول - جامعة الأزهر

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية

جلال حزي وشركاه

الناشر : منشأة المعارف ، جلال حزي وشركاه

٤٤ شارع سعد زغلول – محطة الرمل – الإسكندرية – ت/ف ٤٨٧٣٣٠٣/٤٨٥٣٠٥٥ الإسكندرية

Email :monchaa@maktoob.com

اسم الكتاب : الاحكام المدنية فى زراعة الكبد

اسم المؤلف : د/محمد محمد احمد سويلم

رقم الإيداع : ٢٠٠٩/٥١٧٠

الترقيم الدولي : ٩٧٨-٩٧٧-٠٣-١٧٣٣-١

التجهيزات الفنية :

كتابة كمبيوتر: المؤلف

طبـــــاعة : مطبعة القدس

أحكام زراعة الكبد

في القانون المدني والفقه الإسلامي

- دراسة مقارنة -

دكتور

محمد محمد أحمد سويلم

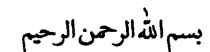
دكتوراه فى القانون الخاص بمرتبه الشرف الأولى

مع التوصية بالطبع والتداول – جامعة الأزهر

الطبعه الأولى

٢٠٠٩





أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه أعدها الباحث في قسم القانون الخاص بكلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر-

وقد نوقشت هذه الرسالة بقاعة كامل صالح للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر من قبل لجنة علمية متخصصة برئاسة فضيلة الأستاذ الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي ـ عميد كلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر — فرع دمنهور.

وعضوية كل من :

أ.د/ لاشين محمد الغاياتي، عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا.

أ.د/ عاصم محمود الشريف، وكيل كلية الطب جامعة الأزهر.

أ.د/ جمال الدين عصمت، رئيس الاتحاد الدولي لدراسة الكبد.

وذلك يوم الأربعاء ٢٩ شوال ١٤٢٩هـ - ٢٩/١٠/٢٠٠٨م.

وأجيزت بفضل الله تعالى بتقدير:

(مرتبة الشرف الأولى مع التوصية بالطبع والتبادل مع الجامعات الأخرى) لأهمية الرسالة من الناحية العلمية والعملية.

تقديـــم

الحمد لله وحده لا شريك له، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ٠٠ وبعد

فهذا البحث المعمّق كان موضوع رسالة علمية حصلت على مرتبة الشرف الأولى مع توصية لجنة الحكم بالإجماع بطبعها على نفقة الجامعة وتبادلها مع الجامعات الأخرى، نظراً لما فيها من جهد مشكور ومعلومات وفيرة، وبحث محقق ومدقق، يفيد القارىء والمتخصص، فلم يترك الباحث شاردة ولا واردة تتصل بموضوع بحثه إلا وقتلها تمحيصاً ودراسة ومقارنة بهدف الوصول إلى حكم الشريعة الإسلامية بصورة شاملة وما قد يتوافر لها أيضاً من أحكام القانون سواء أكان ذلك في داخل البلاد أو في خارجها، فقد حرص المؤلف على تدعيم دراسته المتميزة بالقوانين واللوائح والنظم الصادرة في معظم الدول العربية وغيرها، لتخرج دراسته العلمية المتعمقة في أحكام زراعة الكبد، دقيقة في غرضها الطبي وتوصيفها العلمي، سديدة في حكمها على الحالات التي تعرض لها بصورة تفصيلية أو إجمالية، مبينة وموضحة الحكم الشرعي لكل مسألة على حدة بعد استعراض ما جاء بصددها في الفقه الإسلامي.

إن هذا البحث جامع شامل لمعظم ما يتعلق بزراعة الكبد وغيرها من الأعضاء البشرية الجامدة أو السائلة، المتجددة وغير المتجددة، من النواحي الطبية والشرعية والقانونية، وكل ما تضمنه هذا البحث الجديد والمتجدد بمعلوماته المعاصرة قد تم تحت إشراف متخصصين في المجالات الطبية والشرعية والقانونية، وقد حاز بعد مناقشة طويلة، ومحاورات علمية مفيدة أعلى الدرّجات التي تمنح في هذا الشأن لخريجي درجة العالمية (الدكتوراه) في الجامعات المصرية، لأن موضوع البحث جديد، ومفيد، ومهم لكل

الراغبين في تطوير أبحاثهم العلمية أو العملية على هدي من فقه الكتاب والسنة وآراء الفقهاء القدامى والمعاصرين بلا إفراط أو تفريط، فهو نموذج يحتذى به في الدراسات العلمية المقارنة بالشريعة والقانون، وهو إضافة حقيقية للمكتبة العلمية والشرعية والقانونية، وندعو كل باحث حصيف إلى الاستفادة من المنهج البحثي لهذا المؤلف سائلين المولى جل في علاه دوام التوفيق والسداد لكل باحث أو كاتب أو مؤلف، يسعى لخدمة الرسالة الخالدة، والله سبحانه وتعالى من وراء القصد.

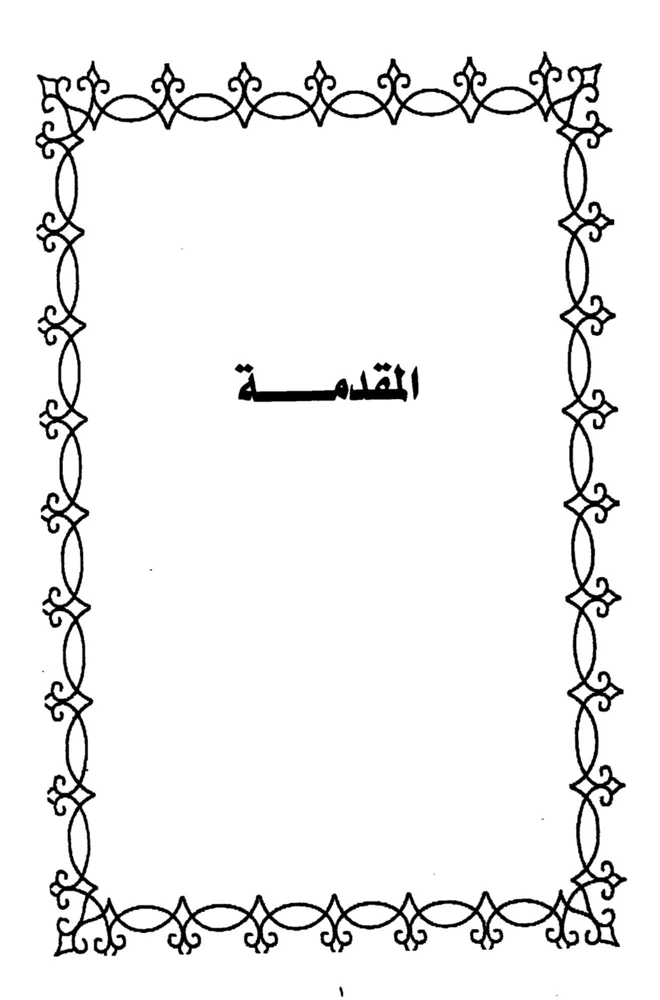
أ.د/ مصطفى محمد عرجاوي
أستاذ القانون المدني
عميد كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر - فرع دمنهور

إهداء

أهدي حسنات هذا الكتاب المتواضع

- إلى روح والدي -رحمه الله رحمة واسعة- الذي كان يأمل دائماً في أن أكون في درجة علمية ينشرح بها صدره، لكن الله اختاره إلى جواره وأنا في بداية الطريق.
- وإلى والدتي- أمد الله في عمرها- منبع الصبر ومصدر الحنان ورمز العطاء التي ساندتني بدعائها وحنانها، فكانت نعم الصاحب والصديق.
- وإلى أستاذي وأبي فضيلة الأستاذ الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي الذي لا أجد كلمة شكر ولا عبارة مدح تصلح لأن تفي بقدره وفضله وكرمه وعلمه الذي منحني أياه، ولا يسعنى ألا أن أقول أنه أوجب علي أن أدعوا له ما حييت، فاللهم أعلى من شأنه وأرفع من درجته ، وأدم عليه الصحة والعافية، وبارك له في ذريته اللهم آمين.
- وإلى كل من يساهم في مسح الدموع عن عيون أتعبها المرض وأرّقها، وتخفيف المعاناة والآلام عن أجساد أنهكها الفشل العضوي وأرهقها، وبعث الأمل في حياة جديدة بإذن الله لأرواح حاصرها الموت وأزهقها.
- وإلى زوجي رفيقة عمري والتي صبرت وتحملت كثيرا معي، وولداي -على وعمر- الذي أسأل الله أن ينبتهما نباتا حسنا، وأن يرزقهما حب العلم، وحسن القول والفعل.
- وإلى إخوتي وأخواتي الذين قدموني على أنفسهم، وكانوا نعم السند والحماية بعد الله تعالى.
- وإلى رفيق وصديقي الدكتور / عادل الفجال، والدكتور/ أحمد الغول.
- وإلى من أحسن إلي ردًا للجميل وعرفانا وإلى من أساء إلي دفعًا بالتي هي أحسن، فجزى الله الجميع خيراً.

إنه نعم المولى ونعم النصير



المقدمـــة

مقدمــــة[1]

الحمد لله الذي خلق فسوى، والذي قدر فهدى، نحمده ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا اله إلاّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، خير من دعى إلى عبادة ربه على بصيرة، فصلّ اللهم عليه وعلى آله وأصحابه، ومن نهج نهجه، واتبع سنته إلى يوم أن يرث الله الأرض ومن عليها.

أما بعد ...

فإن علم الفقه في الدين من أهم المهمات، وآكد الفرائض والواجبات، إذ به يُعرف الحلال من الحرام، وبه يهتدي العبد كيف يعبد ربه، وكيف يسعى في ركاب الخير دهره.

والناس في حاجةٍ ماسةٍ إلى من يعينهم على ذلك، من العلماء والباحثين، فيُسهل لهم السبيل إلى معرفه حكم الشرع في المسائل، خاصة فيما جدّ فيها من نوازل، ولاسيما ما يتعلق منها بصحة الإنسان، وسلامة جسده من الأمراض، وقد واكب الفقه المعاصر الاكتشافات العلمية ، والتطورات في الطب الحديث، واجتهد الفقهاء في شتى المجالات، وبذلوا جهدهم في وضع الأحكام الشرعية في الطب والجراحة، ونالت زراعة الأعضاء حظاً طيباً في تلك المواكبة حيث أولاها العلماء حقها في الفتاوى والقرارات ، ومن هذا النبع الطيب العظيم كان اختياري لموضوع هذا البحث.

---

(١) المقدمة: الجماعة التي تتقدم الجيش، من قدم بمعنى تقدم، وقد استعيرت لأول كل شيء، وتطلق تارة على ما يتوقف عليه الأبحاث الآتية، وتارة تطلق على قضية جعلت جزء القياس, وتارة تطلق على ما يتوقف عليه صحة الدليل, ومقدمة الكتاب ما يذكر قبل الشروع في المقصود لارتباطهما.
التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، صـ ٢٩٠، ٢٩١ – ط / دار الكتاب العربي – بيروت ط/١٤٠٥ هـ – تحقيق: إبراهيم الإبياري، والفائق في غريب الحديث لمحمود بن عمر الزمخشري، جـ١، صـ٤٦٠، ط/ دار المعرفة – لبنان – ط ٢/ تحقيق: علي محمد البجاوي – محمد أبوا لفضل إبراهيم، والعين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، جـ٥، صـ١٢٣، ط/ دار مكتبة الهلال – تحقيق: د. مهدي المخزومي– د. إبراهيم السامرائي.

أهميه الموضوع وسبب اختياره

عندما فكرت في اختيار موضوع ليكون محور دراستي في مرحله العالمية الدكتوراه بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، وقفت أفكر فيما يدور حولي من أمور تمس حياتنا المعاصرة، فوجدت أن الإنسان الذي هو محور هذه الحياة، قد خلقه الله سبحانه وتعالى وكرمه، قال تعالـــى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ (سورة الإسراء، الآية ٧٠)

كما أمره أن يحفظ صحته لكي يستطيع تحمل التكاليف التي أمره بها، ولكي يحقق الخلافة في الأرض، فأمره بالتداوي عند نزول المرض من خلال قوله ﷺ "يَا عِبَادَ اللهِ تَدَاوَوْا فَإِنَّ اللهَ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ شِفَاءً أَوْ قَالَ دَوَاءً إِلَّا دَاءً وَاحِدًا – قَالُوا يَا رَسُولَ اللهِ وَمَا هُوَ – قَالَ الْهَرَمُ"[1].

وهذا الأمر بالتداوي يدل على مدى حرص الشارع الكريم على سلامة البدن وصحته، وليس أدل على ذلك من أن النبي ﷺ قد جعل نعمة الصحة والعافية تلي نعمة الإيمان في أهميتها، وذلك فيما رواه الصديق ﷺ – عن النبي ﷺ أنه قال: "سلوا الله اليقين والمعافاة، فما أوتي أحدٌ بعد اليقين خيراً من العافية"[2].

---

(١) سنن الترمذي, للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المتوفى سنة ٢٧٩هـ، حديث رقم ٢١٧٢,جـ٣، صـ٣٥٨، ط الثانية، مطبعة البابي الحلبي بمصر، سنة١٣٩٨هـ ، ١٩٧٨م، بتحقيق: أحمد محمد شاكر، كتاب: الطب، باب: ما جاء في الدواء والحث عليه، ، قال أبو عيسى "هذا حديث حسن صحيح", وأخرجه الحافظ أبي داود سليمان بن داود بن الأشعث السجستاني،المتوفى سنة ٢٧٥هـ في سننه، حديث رقم ٣٨٥٧ واللفظ عنده "تَدَاوَوْا فَإِنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلا وَضَعَ لَهُ دَوَاءً غَيْرَ دَاءٍ وَاحِدٍ الْهَرَمُ",جـ٢ ، صـ٣٣١، ط الأولى مطبعة البابي بمصر، سنة ١٣٧١هـ، تعليقات الشيخ/ أحمد سعد علي، كتاب: الطب، باب: الرجل يتداوى، وأخرجه الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، المتوفى سنة٢٧٥هـ في سننه، مطبعة البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٢هـ بتحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، رقم ٣٤٥٦ وقال في الزوائد إسناده صحيح ورجاله ثقات, جـ٢، صـ١١٣٧.

(٢) شعب الإيمان لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي جـ٢، صـ١٦١، باب: في حب النبي ﷺ – فصل: في بيان النبي وفصاحته – ط / دار الكتب العلمية – بيروت – ط ١٤١٠/١ هـ، ونوادر الأصول في أحاديث الرسول لمحمد بن علي بن الحسن أبو عبد الله الحكيم الترمذي ، جـ٣، صـ١٧١، ط/ دار الجليل ط١٩٩٢/١ م, مسند أبي بكر الصديق لأحمد بن علي بن سعيد الأموي المروزي، جـ١ ، صـ١٦٥، ط/ المكتب الإسلامي – بيروت، مسند أبي يعلى لأحمد بن علي بن المثني أبو يعلى الموصلي التميمي، جـ١ ، صـ١٢٣، رقم: ١٣٥ ، ط / دار المأمون للتراث – دمشق –ط/١ –١٤٠٤ هـ–١٩٨٤ م, والأحاديث المختارة لأبي عبد الله محمد بن عبد الواحد بن أحمد الحنبلي المقدسي، جـ١ ، صـ١٥٧، ط /مكتبة

#

وما بين الأمر بالتداوي وتكريم الإنسان، يُصاب الجنس البشري ببعض الأمراض التي يكون علاجها كامناً في المساس بجسم الإنسان، ومن هذه الأمراض أمراض الكبد، التي انتشرت في مجتمعاتنا انتشارا يجعلها كالنار التي تسري في الهشيم، وتهدد حياتنا جميعا، ويقدم السادة الأطباء لهذا المرضِ في مراحله المتأخرة علاجاً لم يكن يخطر علىٰ بال أحد في العصور السابقة، وهو اقتطاع جزء من كبد إنسان حي لزراعته في جسم المريض، أو استئصال كبد المتوفى دماغيا لزراعته في جسم المريض، وهذا النوع من العلاج هو نتاج للتطور الطبي الذي أصاب العالم كله، وهنا تأتي أهميه هذا البحث من أجل الوقوف على حكم الشرع في هذه المسألة، وموقف القانون منها، وهل يوجد لدينا القدرة للحكم على هذه المسالة أم نغض الطرف عنها، وقد جعلت عنوان هذا البحث (أحكام زراعه الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة) وأملي أن يُقدم هذا البحث الإجابة الكافية والشافية عن هذا الموضوع، وقد تلخصت دوافعي لاختيار هذا الموضوع في:

أولا: حاجة الناس عامة والأطباء خاصة إلى معرفه حكم الشرع في هذا النوع من أنواع الجراحة الطبية، نظرا لتعلقها بعضو هام جدا في الجسم.

ثانيا: أنني لم أجد، حسب علمي وإطلاعي، مَنْ أفردَ لأحكام زراعه الكبد بحثاً مستقلاً، يتناول الجوانب الطبية، والقانونية، والشرعية.

ثالثا: أن التعرض لأحكام هذا الموضوع هو من باب المعونة على البر والتقوى، لأنه يتعلق بالمساهمة في إنقاذ المرضى من الهلاك، وبحث سبل العلاج، وهي أمور مندوب إليها شرعاً.

ط/ المكتب الإسلامي — بيروت، مسند أبي يعلى لأحمد بن علي بن المثني أبو يعلى الموصلي التميمي، جـ١، صـ١٢٣، رقم: ١٣٥، ط / دار المأمون للتراث — دمشق —ط/١ -١٤٠٤ هـ -١٩٨٤ م, والأحاديث المختارة لأبي عبد الله محمد بن عبد الواحد بن أحمد الحنبلي المقدسي، جـ١، صـ١٥٧، ط /مكتبة النهضة الحديثة — مكة المكرمة — ط ١/١٤١٠ هـ وأخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، كتاب: المناسك، باب: الدعاء والتكبير والتهليل والتسبيح، رقم ١٨٩٣، جـ٤، صـ٤٨٦، وقال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، الناشر، مكتبة المطبوعات الإسلامية — بيروت — لبنان -١٣٣٥هـ .

رابعا: تحقق الفائدة العلمية المرجوة في طَرْقِ هذا الموضوع، نظراً لما يشتمل عليه من مسائل وقواعد وأصول تتعلق بجسد الإنسان في حياته، وحتى بعد وفاته.

خامسا: كثرة المرضى الذين يعانون من الإصابة بأمراض الكبد، والذين يطوقون إلى معرفة الحكم الشرعي، والقانوني في عملية الزراعة، حتى إذا ما عرفوا حكمها يتبينوا من ذلك رأيهم في إتيانها من عدمه.

سادساً: محاولة إبراز مبدإٍ أصيلٍ من مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو مبدأ شمولية الشريعة لكل نواحي الحياة، والدخول منه إلى إبراز هذا المبدأ، وهذه الخاصية للفقه الإسلامي، وأن الفقه الإسلامي وفقهائه شملوا هذه المسائل بالنص عليها، وإذا لم تكن عباراتهم صريحة في الموضوع، ولكن بتدقيق النظر يستنبط ذلك.

سابعاً: توجيه أستاذي الجليل الفاضل، الأستاذ الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، للبحث والدراسة في هذا الموضوع، نظراً لأهميته العلمية، والعملية.

صعوبات البحث

أولا: أن هذا البحث يعتمد في جزء كبير من أحكامه على أمور طبية خالصة، لأنه من المعلوم أن الحكم على الشئ فرع عن تصوره، فكيف لي أن أحكم على مشروعية زراعة الكبد من عدمه قبل معرفة طبيعته، ووظيفته، وغير ذلك، وهو أمر يحتاج إلى جهدٍ مضاعف ،نظرا لعدم التخصص.

ثانيا: قلة المراجع من كتب التراث الإسلامي، وانعدام النص التشريعي، فمسالة زراعة الأعضاء بصفة عامة والكبد بصفة خاصة ليست جزءا من أبواب كتب الفقه الإسلامي القديم، مما جعلني أرجع في كثير من الأحوال إلى الكتب المعاصرة، والقياس على نصوص الفقهاء القدامى في المسائل المتشابهة، إلى جانب أن مصر لا يوجد بها حتى الآن قانون ينظم زراعه الأعضاء، مما جعلني التمس الحكم القانوني من القواعد العامة، أو النصوص القانونية المماثلة لبعض الأعضاء الأخرى.

ثالثا: كثرة التساؤلات ؛ ومن المشكلات التي تواجه البحث كثرة التساؤلات حول نقاط البحث التي تحتاج إلى إجابة ومنها على سبيل المثال:

حكم بيع الأعضاء، والتبرع بها ؟ وطبيعة حق الشخص على جسده، وحقيقة الموت، وأحكام المساس بجسد المتوفى ؟ إلى غير ذلك .

رابعا: من ضمن الصعوبات التي ظهرت لي أثناء السير في البحث هو أن هذا الموضوع يتعلق بعضو غير عادي في جسم الإنسان، لأن الكبد له دور كبير جدا في الجسم، ومن ثم فإن الحكم على هذا العضو وما يتعلق به، يُعتبر أمراً في غاية الصعوبة لأنه يتعلق بالحياة ذاتها.

منهج البحث

والخطوات التي سرت عليها أثناء العمل في هذا البحث كالآتي:

١- قمت بعرض الموضوع من الناحية القانونية أولا ثم بعد ذلك اعرض لوجهة نظر الفقه الإسلامي، وقد أتيت بذلك لعدة أمور، منها ما هو شكلي، وما هو موضوعي:

أ - الأمور الشكلية: أنني عندما تقدمت بخطة البحث إلى مجلس قسم القانون الخاص بالكلية كانت بالحالة التي سرت عليها في البحث، من تقديم الجانب القانوني على الشرعي، وتمت الموافقة عليها واعتمادها على هذا الوجه، وبالتالي لا خيار لدي في تعديل ذلك نظراً لتعليمات الجامعة.

ب- الأمور الموضوعية:

- أن هذه الدراسة مقدمه إلى قسم القانون الخاص، الأمر الذي يستدعي تقديم الجانب القانوني لتحقيق التميز عن الأقسام الأخرى.

- أن في تأخير الجانب الفقهي ميزة كبيرة، وهي جعله حَكماً على النصوص القانونية، وتقيمًا لها ولا سيما وأن الدستور المصري ينص في مادته الثانية

على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع[1] وبالتالي ووفقا لهذا النص فلا فرق بين نصوص القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، لأنه في جميع الأحوال لابد وأن تكون نصوص القانون مسايرة لأحكام الفقه الإسلامي، ودائرة في فلكه.

٢- حررت محل النزاع في المسائل الفقهية كلما أمكن، مع بيان أدلة كل فريق، والمناقشات الواردة عليها، والردود إن وجدت، مع بيان الرأي المختار في المسألة من غير تعصب لمذهب .

٣- قمت بتعريف بعض المصطلحات التي وردت في البحث، وخاصة الغريبة منها من مصادرها الأصلية.

٤- قمت بترجمة الأعلام الذين وردت أسماؤهم في البحث.

٥- قمت بعزو الآيات القرآنية إلى سورها، مع ذكر اسم السورة، ورقم الآية، ووجه الدلالة.

٦- خرّجت الأحاديث النبوية الشريفة، والآثار المروية عن الصحابة، تخريجاً علمياً وفقاً للأصول المعتمدة في ذلك، وعزوتها إلى رواتها، ومصادرها في كتب السنة المعتمدة.

٧- قمت بتوثيق النقول من المصادر والمراجع الخاصة بها، وقد اعتمدت في التوثيق على طريقة ذكر اسم المصدر والمرجع أولا، ثم مصنفه بعد ذلك، مع ذكر رقم الطبعة، ودار النشر عند أول ذكر للمرجع.

٨- ضمنت نهاية البحث بعض الملاحق التي استندت إليها عند التعرض لموضوعات البحث.

---

(١) تنص المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية على : " الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع " دستور ١٩٧١م، الجريدة الرسمية – العدد ٣٦ مكرر (أ) في ١٢/٩/١٩٧١م.

٩- ختمت البحث بخاتمة ضمنتها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث، متوخياً في ذلك سهولة اللفظ، ويسر العبارة، والالتزام بالمنهج العلمي.

خطة البحث

أما خطة البحث فقد قسمتها إلى مقدمة وفصل تمهيدي وثلاثة أبواب وخاتمة.

المقدمة: تحدثت فيها عن أهمية الموضوع، وسبب اختياره، وصعوبة البحث، ومنهجي فيه، وخطة البحث.

الفصل التمهيدي: مفهوم الكبد ووظيفته وأهميته لجسم الإنسان.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الكبد وأقسامه.

المبحث الثاني: وظيفة الكبد وأهميته لجسم الإنسان.

المبحث الثالث: مفهوم زراعة الكبد ونطاقه.

الباب الأول: أحكام عملية زراعة الكبد بين الأحياء.

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: الإطار القانوني والشرعي لعملية زراعة الكبد بين الأحياء في القانون المدني والفقه الإسلامي.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: موقف القانون المدني من مشروعية زراعة الكبد.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مشروعية زراعة الكبد.

الفصل الثاني: التصرفات الواردة على الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التصرفات القانونية الواردة على الكبد.

المبحث الثاني: التصرفات الشرعية الواردة على الكبد.

الباب الثالث: مسئولية الطبيب عن عملية زراعة الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي.

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: مسئولية الطبيب وطبيعتها في القانون المدني والفقه الإسلامي.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مفهوم المسئولية الطبية وطبيعتها في القانون المدني.

المبحث الثاني: مفهوم المسئولية الطبية وطبيعتها في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: أركان المسئولية الطبية الناجمة عن عملية زراعة الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أركان المسئولية الناتجة عن عملية زراعة الكبد في القانون المدني.

المبحث الثاني: أركان المسئولية الناتجة عن عملية زراعة الكبد في الفقه الإسلامي.

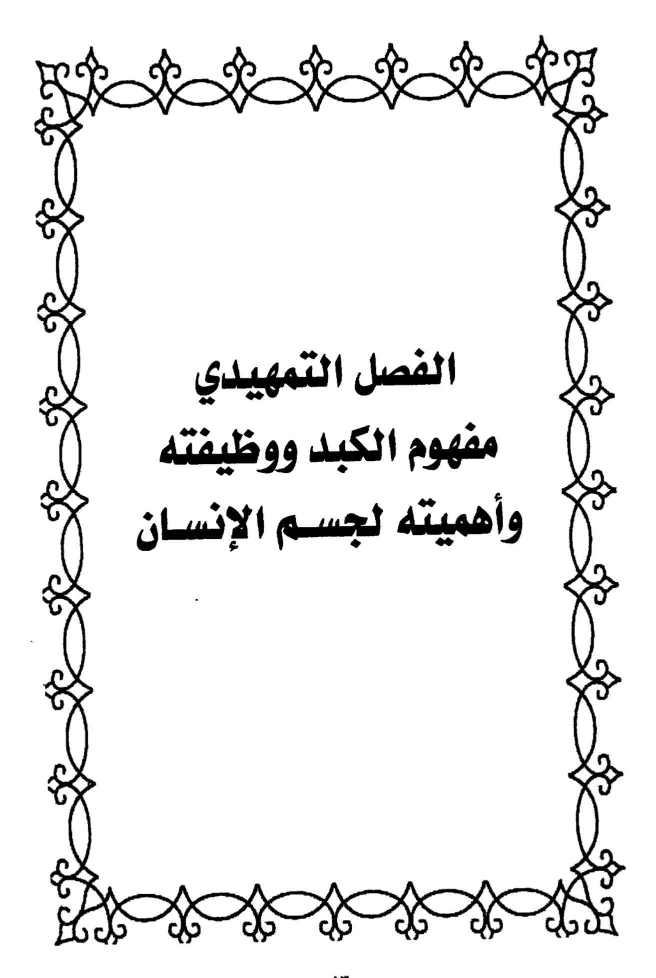
الفصل الثالث: أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية في القانون المدني والفقه الإسلامي.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية في القانون المدني.

المبحث الثاني: أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية في الفقه الإسلامي.

الخـــاتمــة: وتتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها والتوصيات.



الفصل التمهيدي
مفهوم الكبد ووظيفته
وأهميته لجسم الإنسان

الفصل[1] التمهيدي
مفهوم الكبد ووظيفته وأهميته لجسـم الإنسـان

لما كان الحكم على الشئ فرعاً عن تصوره، فإنه ينبغي لكي نتعرف على حقيقة عملية زراعة الكبد، والأحكام المتعلقة بها، أن نتعرف أولاً على مفهوم الكبد، ذاك العضو الحيوي في جسم الإنسان، والوظيفة التي سخره المولي عز وجل لأدائها داخل الجسم البشري، وما تمثله هذه الوظيفة من أهمية لحياة الإنسان، ثم نتعرض بعد ذلك لمفهوم زراعة الكبد ونطاقه، وهذا يستدعي أن نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث[2]:

المبحث الأول: مفهوم الكبد وأقسامه .

المبحث الثاني : وظيفة الكبد وأهميته لجسـم الإنسـان .

المبحث الثالث : مفهوم زراعة الكبد ونطاقـه .

---

(١) الفصل لغةً: الفرجة بين الشيئين والحاجز بينهما، ينظر: مختار الصحاح : لأبي بكر عبد القادر الرازي، ت: ٧٢١ هـ ، ط ٧ / المطبعة الأميرية القاهرة ، ط / وزارة المعارف ١٩٥٣م صـ ٥٠٥ ، والمعجم الوجيز: ط وزارة التربية والتعليم — مصر ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م،صادر عن مجمع اللغة العربية صـ ٤٧٣.
واصطلاحاً: قطعة من الباب مستقلة بنفسها منفصلة عما سواها، التعريفات: للجرجاني، صـ ٢١٥.
وعرفه صاحب مغني المحتاج بأنه: اسم جملة مختصة من الباب مشتملة على مسائل غالباً، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، للإمام شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، ت : ٩٧٧ هـ ، ط / دار الكتب العلمية — بيروت ط ١/ ١٤١٥ هـ – ١٩٩٤م، جـ١ ، صـ١١٤.
وعرفه الأصوليون بأنه: هو الذي يحجز بين أجناس المسائل وبعضها، ينظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي، جـ١ ، صـ٥١، ط العبيكان — الرياض — السعودية.

(٢) المبحث: هو الذي تتوجه فيه المناظرة بنفي أو إثبات، ومعناه مكان البحث، وهو في الأصل: التفتيش عن باطن الشيء حساً، ثم استعمل عرفاً في بيان الشيء والكشف عنه، فقولهم: مبحث كذا بمعنى مكان بيانه والكشف عنه، وذلك كناية عن المسائل التي يبحث فيها عنه، ينظر: التعريفات للجرجاني، صـ ٢٥٢ ، والقاموس المبين في اصطلاح الأصوليين د/ محمود حامد عثمان، صـ ١٩٤ ، ط دار الحديث — القاهرة، ط١/١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، والفتح المبين في حل رموز مصطلحات الفقهاء والأصوليين، د/ محمد إبراهيم الحفناوي، صـ ٢٠٩ ، بدون ناشر وسنة الطبع.

المبحث الأول
مفهوم الكبد وأقسامه

تمهيد وتقسيم:

سوف نقوم – بإذن الله تعالى– في هذا المبحث بإلقاء الضوء على تعريف الكبد ، وأقسامه كل في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الكبد

المطلب الثاني: أقسام الكبد وأوعيتها الدموية

المطلب الأول

تعريف الكبد

أولاً: في اللغة

الْكَبِدُ: من الأمعاء معروفة وهي أنثى وقال الفراء: تذكر وتؤنث، ويجوز التخفيف بكسر الكاف وسكون الباء، والجمع أكباد وكبود قليلا(١).

ثانياً: في الطب القديم

يقول الشيخ الرئيس ابن سيناء(٢):

الكبد هي: "العضو الذي من شأنه إحالة الكيلوس كيموساً(٣) لتغذية نفسها وتغذية البدن كله بذلك الكيموس، وإنما يمكن ذلك بأن يكون للكيموس طريق ينفذ فيه من المعدة والأمعاء إلى الكبد،ويكون للكيموس طريق ينفذ فيه من الكبد إلى جميع الأعضاء"(٤).

كما عُرِّفَ بأنه: العضو الذي منه النمو والاغتذاء الذي به قوام الحيوان .... فكان أول الأعضاء خلقا فيه هو آلة النمو وذلك هو الكبد.(٥)

---

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، الناشر المكتبة العلمية، بيروت، صـ٤"٥.

(٢) هو الحسين بن بن عبدالله بن الحسن بن علي بن سيناء البلخي ثم البخاري، ولد بخرميش من قرى بخاري في صفر عام ٣٧٠هـ، كان شاعراً مشاركاً في علوم عديدة وبرز في الطب واشتهر به، ومن مؤلفاته: القانون في الطب، والموجز الكبير في المنطق ، ينظر: معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية، لعمر رضا كحالة، مطبعة الترقي بدمشق سوريا، سنة ١٣٧٧هـ، جـ٤ صـ٢٠.

(٣) والكَيْمُوس في عبارة الأطِبَّاء هو: "الطعام إذا انْهَضَمَ في المَعِدَة قبل أن ينصرف عنها ويصير دَماً ويسمُّونه أيضاً الكَيْلوس" ، ينظر: لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ،الناشر: دار صادر – بيروت، الطبعة الأولى، جـ٦، صـ١٩٦ ، وتاج العروس من جواهر القاموس، لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزَّبيدي، جـ١ صـ٤١١ ، منشورات دار مكتبة الحياة بيروت. والكل باب (كمس).

(٤) شرح تشريح القانون لابن سيناء، تأليف ابن النفيس، تحقيق أ/ سلمان قطاية ، سوريا ١٩٨١م جـ١ صـ١٠٢.

(٥) تحفة المودود بأحكام المولود ، لأبن القيم ، مكتبة دار البيان دمشق ، ١٣٩١هـ ١٩٧١م ، الطبعة الأولى، تحقيق عبدالقادر الأرناؤوط جـ١ صـ٢٤٦، ونفس المعنى: التبيان في أقسام القرآن ، لأبن القيم ، دار الفكر، المدينة المنورة ، الطبعة الأولي ١٤٠٣هـ تحقيق : محمد رشاد سالم ، جـ١ صـ٢٢١.

وعرفه آخر بقوله: "وأما الكبد فهي العضو التي تقوم لحفظ الحياة إذ كانت هي التي تملأ الأعضاء بالغذاء ليبقى البدن محفوظا ما أمكن بقاؤه"[1]

ثالثاً: في الطب الحديث

الكبد هي عبارة عن غدة كبيرة جدًا في جسم الإنسان ، ويعتبر الكبد من أكبر أعضاء الإنسان حيث يتراوح وزنه تقريباً من ١٢٠٠ جرام إلى ١٥٠٠ جرام ، ويقع في الجزء الأيمن العلوي من البطن مباشرة خلف الحجاب الحاجز الذي يفصل البطن عن الصدر[2].(شكل رقم ١)

وتتكون الكبد من فصين رئيسين فص أيمن كبير وفص أيسر صغير، ويتكون كل فص من ملايين الوحدات الكبدية تسمى فصيصات، وكل وحدة تتكون من كثير من الخلايا المرتبة حول وريد مركزي صغير[3] (شكل رقم ٢) ، وفي أسفل الفص الأيمن تقع المرارة، والتي تتصل بالكبد عن طريق القناة المرارية، والتي تقوم بتخزين العصارة الصفراوية المفرزة من الكبد [4].

وكمية الدم التي تمر من أوعية الكبد في الدقيقة تمثل حوالى ربع الدورة الدموية (حوالي ١٥٠٠ سم٣ في الدقيقة)، وهذه الأوعية تقوم بتغذية الكبد باحتياجاته اليومية من الدم ، ويطلق علي هذه الأوعية الشريان الكبدي والوريد البابي، وهذه الأوعية تتفرع داخل الكبد وفصوصه، ثم تصب هذا الدم إلى الأوردة الكبدية، ثم تنتهي إلى الوريد الأجوف السفلي الذي يقع خلف الكبد، ومنه إلى الأذين الأيمن للقلب [5].

---

(١) التبيان في أقسام القرآن ، لأبن القيم، جـ١ صـ٢٤٧.

(٢) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د / عبده مبروك الشافعي صـ٣، كلية طب الأزهر، بدون طبعة، وهذا ما ذكره ابن النفيس في كتابه (شرح تشريح القانون لأبن سيناء) حيث قال :" إن موضع الكبد هو في الجانب الأيمن من البدن ...."جـ١ صـ١٣٨ كما قال "والمعلوم أن الكبد يشتمل على الجانب الأيمن من المعدة والطحال موضوع عند جانبها الأيسر...." جـ١ صـ١٤٣.

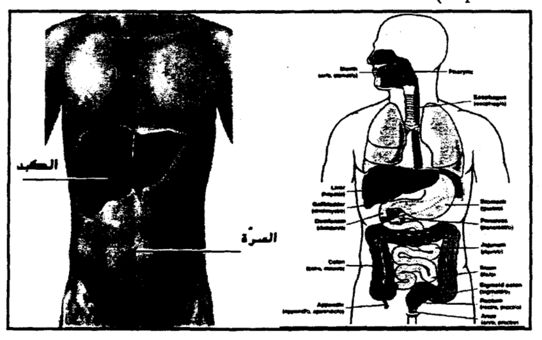
(٣) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد — الأمراض– التشخيص– العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، ط الأولى دار الشروق، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م ، صـ٣٧ .

(٤) أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم بن حمد الطريف ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ١٩٩٩م ، مكتبة الملك فهد الوطنية صـ ٢١ .

(٥) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٣ .

وتحتوى الكبد على ما يقارب من ٢٥٠ بليون (٢٥٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠) خلية عاملة، هذه الخلايا لديها القدرة على القيام بأكثر العمليات الاستقلابية والكيميائية تعقيداً في جسم الإنسان[١].

ومما يجدر ذكره أن الوريد البابي يغذي الكبد بكمية كبيرة من الدم تتراوح من (١٠٠٠ إلى ١١٠٠سم³ في الدقيقة) بينما الشريان الكبدي يغذي الكبد بحوالي (٣٥٠ إلى ٥٠٠ سم³ في الدقيقة) ولهذه التغذية أهمية طبية كبرى ، حيث أن نقص كمية الدم قد يؤدي إلى تلف لخلايا الكبد بدرجات متفاوتة قد تصل إلى ما يطلق عليه صدمة الكبد أو (Hepatic shock)[٢].



شكل رقم (١)

---

(١) أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم الطريّف، صـ ٢٥ ، وتقوم الكبد بما لا يقل عن خمسة آلاف وظيفة مهمة لاستمرار الحياة حيث تقوم بإنتاج اللبنات الأساسية اللازمة لبناء الجسم، وكذلك تخليصه من المواد الكيميائية السامة الناتجة عن الاحتراق، كما تقوم الكبد بإنتاج العصارة الصفراوية، ونقلها إلى الأمعاء عن طريق القنوات المرارية المنتشرة فيها، وتعمل العصارة الصفراوية على المساعدة في هضم الأطعمة، كما تنتج الكبد العديد من البروتينات، و الهرمونات والأنزيمات التي تؤدي إلى انتظام عمل جسم الإنسان وكذلك المواد الضرورية لتجلط الدم ، بالإضافة إلى مسئوليتها عن تمثيل الكوليسترول، وانتظام نسبة السكر في الدم، والتعامل مع الغالبية العظمى من الأدوية التي يتناولها الإنسان، وذلك لتخليصه من هذه المواد الكيميائية بعد الاستفادة منها، ينظر : د/ محمد عايش الشمالي ، استشاري أمراض الجهاز الهضمي والكبد، بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) على.
httpwww.your-doctor.netgithepato_bil.htm

(٢) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٣ .

المطلب الثاني

أقســـام الكبــد وأوعيتها الدمـويــة

تنقسم الكبد إلى ثمانية أجزاء، وذلك بناءً على تقسيم الوريد البابي، والأوردة الخارجة من الكبد (الشكل رقم ٢)، وكل جزء من هذه الأجزاء يصله فرع منفصل من فروع الوريد البابي ويُعد كتلة عملية منفصلة بحد ذاته[١].

تحت المجهر تتكون الكبد من وحدات عمل مستقلة كثيرة، كل وحدة محاطة بأربع أو خمس مجموعات من الفروع الصغيرة جداً من الأوعية الدموية، والقنوات الصفراوية (هذه الفروع تكون مجتمعة في مكان واحد وتتكون من شريان ووريد صغيرين وقناة صفراوية صغيرة) في وسط هذه الوحدات توجد فروع للأوردة الخارجة من الكبد، والتي تتحد مع بعضها لتُكون الأوردة الرئيسية.[٢]

كما أنها تحوى مصدرين من مصادر تغذية الدم هما: الوريد البابي، والذي يغذي الكبد بـ ٦٠٪ من مجموع كمية الدم الواصلة إليها أي ما يقارب (١٥٠٠ مليلتر / دقيقة) والمصدر الآخر هو: الشريان الكبدي المتفرع من إحدى فروع الشريان الأبهر، وهذا الشريان يقوم بتغذية الكبد بالـ ٤٠٪ المتبقية، تدخل إلى خلايا الكبد فروع الوريد البابي والشريان الكبدي لتغذيتها بالأكسجين والمواد الأخرى، وتخرج من الكبد فروع صغيرة تتحد لتكون الأوردة الكبدية الخارجة منها والمتصلة بالقلب عن طريق الوريد الأجوف السفلي[٣]، كما تحوى الكبد على شبكة من القنوات الليمفاوية تقوم بتوصيل السوائل الزائدة من الكبد في نهاية المطاف إلى الدم.

---

(١) وأجزاء الكبد الثمانية، كلٌ منها له مصدر دم و قناة مرارية منفصل عن الآخرين، مما يمكن الجراحين من استئصال جزء أو أكثر بأمان، ينظرتفصيل ذلك: معهد الكبد بشبين الكوم، بموقع المعهد على شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) إدارة وتصميم قسم طب الكبد:
http://www.liver-eg.org/Liver%20Transplantation1.htm

(٢) أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم الطريف، صـ ٢٢ .

(٣) ويلاحظ أن الدم الوريدي الخارج من الكبد بعد اختزاله يخرج من الكبد عبر الأوردة الكبدية الثلاثة التي تصب في الوريد الأجوف السفلي، ويلاحظ هنا اختلاط واتصال بين أوردة الكبد اليمنى واليسرى.

القنوات الصفراوية

القنوات الصفراوية الصغيرة تتحد بعد خروجها من الوحدات الكبدية (Acinus) لتكون قنوات الكبد الفرعية، والتي بدورها تتحد لتتكون قنوات كبيرة صفراوية داخل الكبد، ثم القناة الكبدية اليمنى واليسرى خارج الكبد، وتتحدان لتكوين القناة الصفراوية الرئيسية، والتي تتصل بخزان العصارة الصفراوية (المرارة) عن طريق قناة صغيرة، ومن ثم تستمر وتنتهي في الإثنى عشر لتصب عصارة الكبد في الأمعاء الدقيقة.[1]

الخلايا الكبدية

الخلايا الكبدية (Hepatocxtes) تُكون الجزء الأكبر من الكبد وتوجد على هيئة صفوف متقاربة تفصلها عن بعضها مساحة صغيرة جداً تسمى الجيوب الدموية (sinusoids) تمر من خلالها خلايا الدم المختلفة وسوائل الدم المحملة بالأغذية والمواد الأخرى كالسموم، لتقوم الكبد بتصفية الدم والتعامل معه بتكوين عناصر بناء جديدة، مثل البروتينات، والسكريات، والدهون، وغيرها من المركبات الكيميائية المختلفة[2].

أنواع خلايا الكبد الأخرى

داخل الكبد توجد أنواع أخرى من الخلايا مثل الخلايا المبطنة للأوعية الدموية الداخلة للكبد (Emdothelial) وخلايا كوبفر (Kupffe) [3] ، وخلايا حافظة للدهون تسمى إتو (ito) وخلايا بت (pit) وغيرها .

الخلايا المبطنة للأوعية الدموية داخل الكبد تختلف عنها في الأوعية الدموية في سائر الجسم ، لوجود فتحات صغيرة جداً داخلها تمكن المواد المحمولة بالدم من الوصول إلى الخلايا الكبدية للتعامل معها .

أما خلايا كوبفر، فهي خلايا مهمة في الجهاز المناعي لجسم الإنسان لأنها تقوم بابتلاع وقتل الجراثيم الداخلة مع الدم إلى الكبد، وإفراز مواد محفزة للجهاز عند الحاجة إلى التعامل مع جراثيم أو فيروسات قامت بغزو الكبد، أو أي عضو من أعضاء الجسم.

---

(١) أمراض وزراعة الكبد ، المرجع السابق صـ ٢٣ .

(٢) راجع ذلك في: الكبد، الدليل المتكامل للكبد، د/ عبدالرحمن الزيادي، صـ٣٩.

(٣) وتختص هذه الخلايا بالتخلص من كرات الدم الحمراء القديمة، و تحطيم الميكروبات و نفايات الخلايا.

أما خلايا (إتو) فهي تقوم بتخزين فيتامين (أ) وتستطيع أن تتحول إلى خلايا ليفية في حالة وجود إصابة كبدية، ولها دور فعال في تكوين التليف الكبدي.[1]

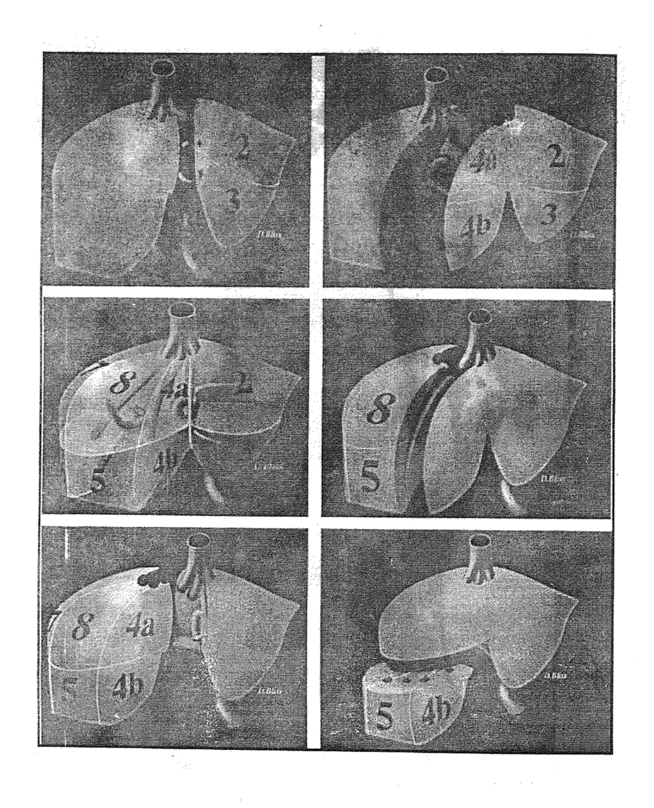
أما فيما يتعلق بخلايا (بت) فهي تعد جزءاً من الجهاز المناعي، وتقوم بقتل الجراثيم الداخلة إلى الكبد، وعملها قريب من عمل خلايا كوبفر.[2]

---

(١) والتليف معناه: أن يحل نسيج ليفي لا يؤدي وظيفة مكان خلايا الكبد الطبيعية التي تؤدي عملا عظيما، وتَقَدُّم المرض يؤدي إلى نقص في حجم نسيج الكبد الطبيعي وزيادة في النسيج الليفي الذي ينقبض بمرور الوقت بحيث يصبح الكبد صغير وصلب وتصبح الأنسجة الليفية كالعقد، وهذه الأنسجة العقدية يمكنها إغلاق القنوات المرارية، وجعلها متورمة مما يجعل السائل المراري يرتد للكبد ومجري الدم، كما أن هذه الأنسجة العقدية يمكنها منع تدفق الدم من الأمعاء للكبد مما يزيد الضغط في الأوردة التي تتصل بهذه المنطقة وتمدها بالدم ولاسيما منطقة الوريد البابي، وهذه الحالة يطلق عليها ارتفاع الضغط البابي hypertension portal مما يجعل الماء يتراكم في الجسم ويحدث نزيفا دمويا من الأوردة المنتفخة في القناة الهضمية ، ينظر: أمراض الكبد ، د/ محمد حسان شمسي باشا، بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية على موقع:

http://www.khayma.com/mchamsipasha/Liver.htm

(٢) أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم الطريف، صـ ٢٤ .



شکل (۲)

المبحث الثاني
وظيفة الكبد وأهميته لجسم الإنسان

الكبد تقوم بأدوار فاعلة وكثيرة جداً لا يمكن حصرها في عجالة، حيث يعتبر الكبد المعمل الكيميائي المركزي للجسم، ففيه تتم آلاف العمليات الكيميائية ببساطة وسهولة[1]، وهي قادرة علي أن تقوم بجميع وظائفها بشكل شبه طبيعي بـ ٢٥٪ من طاقتها، لذا فلديها مخزون هائل وقدرة على أداء وظائفها حتى بعد استئصال أو فقدان ٧٥٪ من قدرتها الوظيفية.[2]

ويمكن أن نوجز وظائف الكبد وعملها في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: وظائف تعتمد على جهاز الكبد الوعائي.

المطلب الثاني: وظائف التمثيل الغذائي للكبد.

---

(١) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد — الأمراض– التشخيص– العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، صـ٣٧ .
(٢) أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم الطريف صـ ٢٥ .

المطلب الأول
وظائف تعتمد على جهاز الكبد الوعائي

وتتنوع هذه الوظائف إلى :

(١) وظيفة تخزين الدم:

حيث يقوم الكبد بتخزين حوالي ١٠٪ من مجموع الدم بالجسم في خلاياه وأوردته وهذا الدم الاحتياطي يستفيد منه الجسم في حالة الاحتياج إليه كما في حالات النزيف المختلفة[١].

(٢) وظيفة ترشيح الدم وتطهيره:

حيث إن هناك خلايا متخصصة يطلق عليها "خلايا كوبفر" تمثل حوالي ٢٠٪ من خلايا نسيج الكبد تقوم بمهاجمة وأكل وهضم البكتريا التي تدخل إلى الكبد من الأمعاء عن طريق دم الوريد البابي، أيضاً يقوم الكبد بالتخلص من المواد الغير مرغوب بها مثل جلطات الدم الصغيرة، أو الهيموجلوبين الزائد عن حاجة الجسم[٢].

وهناك وظائف تخزين وتطهير أخرى للكبد ولكنها لا تعتمد على جهاز الكبد الوعائي منها:

أ – تخزين فيتامين(A أو أ) لمدة عشرة شهور وفيتامين (D أو د) لمدة أربعة شهور وفيتامين ب ١٢ لمدة إثنى عشر شهرًا .

ب– تخزين الحديد في صورة (فيريتين) والذى يستخدمه الجسم في تصنيع كرات الدم الحمراء.

---

(١) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٤ .

(٢) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٤، وينظر: موقع معهد الكبد بشبين الكوم، إدارة وتصميم قسم طب الكبد بشبكة المعلومات الدولية على:
http://www.liver-eg.org/Liver%20Care%20Arabic.htm

ج- تخزين المادة النشوية المعروفة بالجليكوجين وأيضًا يقوم الكبد بتخزين الدهون.

د - يقوم الكبد بتطهير وترشيح معظم الأدوية مثل البنسيلين الأمبيسيللين والسلفات وغيرهم، وأيضًا يقوم الكبد بالتخلص من معظم السموم الداخلة إلى الجسم، كما يقوم الكبد أيضًا بالتخلص من معظم الهرمونات الإستيروديه الزائدة عن احتياج الجسم، وبناءً علي ذلك حينما يصاب الكبد بمرض ما[1] يحدث تراكم لهذه الأدوية والسموم والهرمونات مما يؤدي إلى خطورة شديدة جداً لبقية أعضاء الجسم[2].

---

(١) المرض لغة هو: مرض مرضاً من باب تعب ، والمرض" حالة خارجة عن الطبع" ينظر: المصباح المنير، للفيومي، جـ٢، صـ٥٦٨.
وفي الاصطلاح هو: (السُّقم) وهو نقيض الصحة ، أو هو خروج الجسم عن حالة الاعتدال التي تعني قيام أعضاء البدن بوظائفها المعتادة، مما يعوق الإنسانَ عن ممارسة أنشطته الجسدية والعقلية والنفسية بصورة طبيعية، راجع في ذلك: الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، د/ أحمد محمد كنعان، صـ ٨٤٥، طبعة دار النفائس بيروت الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م، والمرض في عرف الأطباء هو : خروج الجسم عن المجرى الطبيعي، والمداوة رده إليه، وحفظ الصحة بقاؤه عليه، فحفظها يكون بإصلاح الأغذية وغيرها، ورده يكون بالموافق من الأدوية المضادة للمرض، راجع في هذا: شرح النووي لصحيح مسلم، جـ١٤، صـ١٩٢، كتاب: الطب، باب: لكل داء دواء واستحباب التداوي، طبعة دار الكتب العلمية — بيروت.

(٢) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٥، و ينظر: موقع معهد الكبد بشبين الكوم، إدارة وتصميم قسم طب الكبد بشبكة المعلومات الدولية على:
http://www.liver-eg.org/Liver%20Care%20Arabic.htm

المطلب الثاني
وظائف التمثيل الغذائي للكبد

وتشتمل على الوظائف التالية :

(١) التمثيل الغذائي للكربوهيدرات "المواد النشوية والسكرية"

يلعب الكبد دوراً هاماً في حفظ مستوى السكر ثابتاً في الدم على مدار ٢٤ ساعة [١]، فلديه القدرة على ضبط مستوى السكر (Glucose) في الدم بنسبة ثابتة بحيث لا يرتفع ولا ينخفض، في حالة ارتفاع نسبة السكر في الدم تقوم الكبد بتخزين السكر الزائد عن حاجة الجسم على هيئة "نشاء" أو سكريات كبيرة (Glycogen)، وفي حالة انخفاضه تقوم بتحويل هذه الوحدات إلى جلوكوز، لمد الجسم بحاجته من السكر في عملية تكسير النشاء تسمى (Glycogenolysis).

كما تُحول المواد غير السكرية إلى جلوكوز مثل الأحماض الأمينية (Amino Acids) في عملية تسمى (Gluconeogenesis) وذلك عند الحاجة إلى الجلوكوز بعد استخدام ونفاذ ما خزن من الـ (Glycogen) إذاً فالكبد مسؤولة عن إعطاء الشخص النشاط والقدرة على العمل[٢].

(٢) التمثيل الغذائي للمواد البروتينية

إن عملية التمثيل الغذائي للبروتين في غاية الأهمية، حيث إنها جوهرية وحيوية للحياة، ولذلك يقوم الكبد بالآتي:

- يقوم الكبد بتحويل مادة الأمونيا "النشادر" (Ammonia) الموجودة بالبروتين إلى يوريا (Urea)، ويتخلص الجسم من مادة اليوريا الزائدة عن طريق البول والعرق، ومادة النشادر تتكون في الأمعاء بتأثير بعض أنواع البكتريا، فإذا

---

(١) ومما يجدر ذكره أن منسوب السكر إذا زاد أو قل عن الحد الطبيعي (٧٠ — ١٤٠ مجم / سم٣) في الدم تسبب في خطورة شديدة، الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي ، صـ ٥.

(٢) أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم الطريف، صـ ٢٥ .

زادت إلى حد معين كان لها تأثيرٌ ساماً على الجهاز العصبي وسببت ما يعرف بالغيبوبة الكبدية[1].

- تخليق معظم بروتينات البلازما، حيث يقوم الكبد بتصنيع حوالي (١٥ – ٥٠) جرام يومياً، وبروتينات البلازما تشمل: الألبيومين، والجلوبيولينات، والفيبرينوجين، ولهذه المواد البروتينية وظائف غاية في الأهمية، فمنها ما يمنع النزيف ويحفظ ضغط الدم ثابتاً "وظيفة الفيبرينوجين"، ومنها ما يقوم بعمل حفظ للهرمونات، وخصوصاً هرمون الغدة الدرقية "الثيروكثين" والكورتيزون والحديد والنحاس كي يستفيد منها الجسم استفادة كاملة، وأيضاً يقوم بالدور الدفاعي والمناعي ليحمي الجسم من الأمراض "وظيفة الجلوبيولينات"، ومنها ما يقوم بحفظ الضغط الإسموزي لسوائل الجسم بالدورة الدموية ثابتاً "وظيفة الألبيومين"[2].
- تخليق الأحماض الأمينية غير الأساسية، والتي تستخدم لبناء الجسم، وتخزين الحديد الذي يحتاج إليه الجسم لتكوين الدم، كما يخزن الفيتامينات، والأملاح المعدنية[3].
- تصنيع مئات الأنواع من البروتينات التى يحتاج إليها الجسم في بناء خلاياه المتعددة في الأعضاء المختلفة، على سبيل المثال البروتينات المسؤولة عن تخثر الدم، والتي إذا لم تكن موجودة وتعمل بشكل طبيعي، فسوف ينزف الشخص إذا جرح دون توقف حتى الموت[4] ' ولذا فإنه في حالة أمراض الكبد المزمنة نجد أن المريض يعاني من نزيف باللثة، أو الأنف، أو تحت الجلد، وكل ذلك ناتج عن نقص عوامل التجلط التي تمنع النزيف الدموي[5].

---

(١) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد – الأمراض– التشخيص– العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، صـ٣٩ .

(٢) وجدير بالذكر أنه في حالة نقص البروتين سواء كان ناتجاً عن أمراض الكبد أو الكلى أو حتى نقص البروتين في الغذاء يسبب تورم الجسم ويسبب مشاكل صحية خطيرة جداً ، الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٦.

(٣) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد – الأمراض– التشخيص– العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، صـ٤٠.

(٤) أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم الطريف، صـ ٢٥ .

(٥) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٦ .

(١) التمثيل الغذائي للمواد الدهنية

- يقوم الكبد بتخليق مادة الكولستيرول، والبروتينات الدهنية، والفوسفورية، والدهون الثلاثية[1] ولهذه المواد وظائف خاصة لكل منهم، فهي تمد الجسم بالطاقة التي يحتاج إليها، وتدخل في العديد من التفاعلات الكيميائية، ومن المعروف أن الكبد يتعامل مع هذه الدهون بطريقة منظمة ومحسوبة، فإذا زادت نسبة هذه الدهون في الدم فإن الكبد يقوم بأكسدتها وإعادتها في صورة بروتينات دهنية، ولكن في حالة مرض الكبد وعجزه عن الأكسدة يحدث تراكم لهذه الدهون، وخصوصاً الدهون الثلاثية، ويسبب ما يعرف بدهون الكبد أو تشحم الكبد، والذي قد ينتهي أيضاً بتليف الكبد[2].

(٢) تكوين الصفراء والأحماض الصفراوية :

- يقوم الكبد بإفراز حوالي ٦٠٠ سم^3 يومياً من العصارة الصفراوية، وهذه العصارة تتكون من الأملاح الصفراوية والماء والبيليروبين ومواد أخرى، والأملاح الصفراوية تقوم بعملية امتصاص الفيتامينات الهامة مثل فيتامين (A أ)، (D د)، (E هـ)، (K ك)، وكذلك تقوم هذه الأملاح بعملية إدرار الصفراء، وتعمل كملين طبيعي في عملية الإخراج، وأيضاً تمنع تكوين حصوات المرارة. [3]

(٣) الكبد لها مهام أخرى كثيرة جداً منها:

- تكوين خلايا الدم الحمراء في الجنين داخل الرحم، حيث إن الكبد هي مصدر كرات الدم الوحيد للجنين، في أثناء وجوده في بطن الأم ... وهكذا يؤدي الكبد دوراً أساسياً في بدء الحياة[4].
- تخزين الحديد وبعض المعادن الأخرى، بالإضافة إلى كثير من الفيتامينات المهمة في الجسم.
- حفظ التوازن الهرموني في جسم الإنسان، بحيث إذا اختلت هذه الوظيفة يصبح الجسم عرضة لتغيرات خطيرة[5].
- تنظيم مستوى كثير من المواد الكيميائية المهمة في الدم، وفي داخل الجسم، وغير ذلك من الوظائف [6].

(١) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد — الأمراض– التشخيص– العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، صـ٤٠.
(٢) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٧ ، أمراض وزراعة الكبد، د/ إبراهيم الطريف، صـ ٢٦.
(٣) الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ ٧ .
(٤) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد — الأمراض– التشخيص– العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، صـ٤٠.
(٥) المرجع السابق، صـ٤٠.
(٦) أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم الطريف، صـ ٢٧ .

المبحث الثالث
مفهوم زراعة الكبد ونطاقه

تمهيد وتقسيم :

إن زراعة الكبد هي حاليا العلاج الوحيد المتعارف عليه والمقبول عالميا[1]، لمعالجة القصور الكبدي، وفرط التوتر البابي، لدى مرضى القصور الكبدي النهائي، وتؤدي زراعة الكبد إلى إطالة الحياة المتوقعة لهؤلاء المرضى بالمقارنة مع أولئك الذين لا يحصلون على كبد، إذ إن ٩٠٪ منهم يتوفون خلال سنة واحدة إذا لم يتم لهم الزرع، فالنتائج العالمية تظهر أن معدل حياة متلقي الكبد هو ٨٥٪ بعد السنة الأولى و٦٥٪ بعد السنة الخامسة[2].

---

(١) وهناك مراكز لزراعة الكبد والأعضاء الأخرى متقدمة جداً في ذلك ، فقد أعلن (تشن شي) رئيس جمعية زراعة الأعضاء التابعة لجمعية علوم الطب الصينية أن بمقدور الأطباء الصينيين إجراء جميع عمليات زراعة الأعضاء التي تجرى في العالم وان الصين تحتل مكانة عالية متقدمة في هذا المجال إذ إنها أنجزت أكثر من ٨٥ ألف عملية لزراعة أعضاء في الجسم محتلة بذلك المركز الثاني في العالم بعد الولايات المتحدة، كما أجرت أكثر من عشرة آلاف عملية لزراعة الكبد كانت أطول فترة حياة بعد العملية ١٢ سنة، ينظر شبكة المعلومات الدولية على موقع :
http://www.arabic.xinhuanet.com/arabic/2006-06/11/content_264818.htm
ومن هذه المراكز مركز (citnac) وهوعبارة عن منظمة خاصة تتخذ من مدينة شينيانج الصينية مقرا لها وتعمل بشكل قانوني وبموجب التشريعات الصينية، ومع ذلك فإن نشاطها الذي يصنفها بأنها وسيط (سمسار) بين الأشخاص المتبرعين في الصين والمرضى الأجانب يجعلها محط تساؤل أخلاقي .والمركز بإمكانه أن يبيع الكلية والكبد والبنكرياس وغيرهما من الأعضاء كأي سلعة أخرى، ولكن على الأشخاص المشترين ـ الأغنياء ـ أن يضعوا في الحسبان أن أكثر من ثلاثة أرباع الأعضاء البشرية (الحية) يتم أخذها من أجساد سجناء حكم عليهم بالإعدام، ويعتبر شهري ديسمبر ويناير الأفضل للحصول على الأعضاء البشرية لأنها فترة الإعدام، ينظر : جريدة الراية القطرية بتاريخ ٢٠٠٦/٨/١٧م، على موقعها الإلكتروني:
http://www.raya.com/site/topics/index.asp?cu_no=2&lng=0

(٢) زراعة الكبد ودورها في الممارسة الطبية الحديثة ، د/ سمير عيسى – حلب ،بحث منشور بموقع الجمعية السورية لأمراض جهاز الهضم على شبكة المعلومات الدولية، العدد الأول:
httpwww.ss-ge.comfirst_samir.htm

ولكي نتعرف على مفهوم زراعة الكبد ونطاقه حتى نستطيع الوقوف على نتائجه فلابد أولاً من التعرض لتاريخ زراعة الكبد ثم للأمراض التي تصيب الكبد والتي ينتج عنها في الغالب احتياج المريض إلى عمل زراعة للكبد ، ثم بعد ذالك نتعرض لمفهوم الزراعة وضوابطها وهو ما نتناوله في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تـــاريخ زراعـــة الكبـــد.

المطلب الثاني: كيفية التعرف على أمراض الكبد.

المطلب الثالث: الأمراض التي تعالج بزراعة الكبد.

المطلب الرابع: مفهـــوم زراعـــة الكبـد.

المطلب الأول

تـاريخ زراعـة الكبـد

إن عملية زراعة الكبد من العمليات التي أحدثت صداً هائلاً في الأوساط الطبية، فهي تعتبر بحق إنجازاً طبياً على كافة المستويات، والأمل معقود على التقدم والتطور في أدائها، وإحرازها نتائج أفضل، لأنها من أصعب عمليات نقل الأعضاء(١).

ويعتبر (والش) أول من قام بعملية زراعة الكبد في الحيوانات، حيث أجرى عام ١٩٥٥م زرع الكبد في الكلاب ولكنه لم يحقق نجاحاً(٢).

ثم أجرى الجراح الأمريكي الشهير طوماس ستارزل في مدينة دينفر عام ١٩٦٣م أول عملية زرع كبد في إنسان(٣) إلا أنها باءت بالفشل وفي العام التالي ١٩٦٤م أجرى والش عملية زرع كبد عاش بعدها المريض لمدة أسبوعين(٤).

وفي عام ١٩٧٤م تم إجراء ٢٢٧ عملية زراعة كبد في مراكز مختلفة من العالم وكان معظمها في الولايات المتحدة الأمريكية(٥)، ثم توالت بعد ذلك عمليات زراعة الكبد في مختلف دول العالم.

ولعل الذي ساعد على زيادة عمليات زرع الكبد ونجاحها هو ظهور عقار السيكلوسبورين (Cyclosporine) واستعمال محلول جامعة وسكانسون لحفظ الكبد المستأصلة لأكثر من ٢٤ ساعة، إلى جانب التحسينات التي أدخلت على الطريقة الجراحية للزراعة(٦).

---

(١) ثورات في الطب والعلوم، د/ عبدالواحد نصر وآخرين، مجلة العربي الصادرة في ١٥ أبريل ١٩٩٩م، صـ١١٧.

(٢) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٨٠، الطبعة الأولى ، دار القلم — دمشق، الدار الشامية — بيروت ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي السيد الشوا، صـ٥٦٦، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٨٦م، وقد ذكر البعض أن العالمين د/ طوماس سترزي، ود/ فرانسيس موري، هما أول من قاما بعملية زرع للكبد في الحيوانات عام ١٩٥٠م، وعام ١٩٦٠م، على التوالي: ينظر: الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ٢٧٣.

(٣) وقد أنجز ستارزل وفريقه الطبي عملياً أغلب عمليات زراعة الكبد الأولى، حيث إنه وحتى بداية عام ١٩٦٨م تم إنجاز سبعة عشر عملية زراعة كبد في العالم، كان نصيب ستارزل وفريقه منها أربعة عشر عملية، راجع في ذلك: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ ١٥٥، رسالة دكتوراه، جامعة روبيرشومان في ستراسبورغ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة ، فرنسا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٩م .

(٤) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٨٠، والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي السيد الشوا، صـ٥٦٦.

(٥) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي السيد الشوا، صـ٥٦٦.

(٦) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد — الأمراض- التشخيص- العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، صـ٤٠.

المطلب الثاني
كيفية التعرف على أمراض الكبد

إن الكبد من الأعضاء التي تبكي في صمت، ولكن هناك بعض الأعراض التي يشكو منها مرضى الكبد، ولذا فسوف نتعرف في البداية على أعراض مرض الكبد وطرق تشخيصه[1]، ثم بعد ذلك نستعرض الأمراض التي تصيبه.

أعراض أمراض الكبد:

الحقيقة أن أمراض الكبد لا تعطي مؤشرات منذرة بصورة واضحة، ومن هنا يأتي أهمية الفحص[2] الدوري الإكلينيكي والمعملي، ولكن في حالة ظهور الأعراض التالية فاستشارة الأخصائي واجبة [3]:

---

(١) من الأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب أثناء عمله الطبي التشخيص: وهو أول المراحل التي يباشرها تجاه المريض، وبه يعرف الطبيب نوع المرض الذي يعاني منه المريض، ويتحقق من العلة التي بالمريض، ومكانها إذا كانت بأي عضو من أعضاء جسمه، والتشخيص يشمل الفحص الأولي للمريض، وللطبيب الحرية التامة في العمل والتجريب بغية الوصول إلى حقيقة العلة حتى يتأتى له معرفة وصف الأساليب العلاجية المناسبة لدفع السقم، ينظر: المصباح المنير، للفيومي، جـ١، صـ٣٠٦ مادة شخصَ، ومسئولية الأطباء، د/ أحمد محمد إبراهيم، مجلة الأزهر، مجلد (٢٠) صـ ٤٦، سنة ١٣٦٨هـ، فالشريعة الإسلامية تبيح للأطباء الاجتهاد في معرفة نوع المرض – ومن القواعد المقررة شرعاً أن عمل الطبيب عند الإذن بالعلاج أو عندما يطلبه المريض يعد واجباً – والواجب لا يتقيد بشرط السلامة – ولو أن واجب الطبيب متروك لاختياره ولاجتهاده العلمي فهو أشبه بصاحب الحق لما له من السلطان الواسع والحرية في اختيار العلاج وكيفيته واستخدام جميع الوسائل التي تفيده في مرحلة التشخيص أياً كانت هذه الوسائل، ينظر: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الشيخ/ محمد أبو زهرة، صـ ٥٣–٥٥، مطبعة دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٧٦م، فالتشخيص هو الفن أو السبيل الذي يتسنى به معرفة نوع المرض، ينظر: الموسوعة الطبية الحديثة، لمجموعة من الأطباء، جـ٣، صـ٣١١، الطبعة الثانية، ١٩٧٠م، لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي بمصر.

(٢) الفحص هو: الاستقصاء والبحث عن الشئ، ينظر: المصباح المنير، للفيومي، جـ٢، صـ٤٦٣.

(٣) أمراض الكبد، د/ محمد حسان شمسي باشا، بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية على موقع:
http://www.khayma.com/mchamsipasha/Liver.htm
ونفس المعنى: الكبد، الدليل المتكامل للكبد – الأمراض– التشخيص– العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، صـ٤١، وما بعدها.

١- صفراء بالعين وتلون البول.

٢- الضعف العام والهزال المستمر.

٣- النزيف المتكرر من الأنف واللثة .

٤- القيء الدموي (Hematemsis) أو إخراج براز بلون القار(Melena).

٥- الحكة الجلدية المستمرة (Pruritis).

٦- انخفاض الوزن بشكل ملحوظ وبدون سبب.

٧- زيادة غير طبيعية في حجم البطن وتورم القدمين.

٨- اضطرابات في النوم والتركيز قد يصل إلى حد الغيبوبة.

٩- فقدان الرغبة الجنسية.

١٠- آلام بالمفاصل والعضلات.

وعند ظهور هذه الأعراض[١] فعلى الطبيب أن يقوم ببعض الأمور والتي تتمثل في:

وسائل تشخيص أمراض الكبد:

أولاً :الفحص السريري.

ويقوم فيه الطبيب بإجراء فحص تمهيدي، مستخدماً يده، أو أذنه، أو عينيه، أو بعض الأجهزة البسيطة، كمقياس الحرارة[٢]، كما يقوم بسؤال المريض، أو ذويه في بعض الحالات عن بعض الأعراض المهمة، التي يمكن من خلالها معرفة نوعية المرض، وتشخيصه[٣].

ثانياً: الفحص المخبري.

هناك فحوص مخبرية روتينية، بسيطة وغير مكلفة، وهناك فحوص أخرى خاصة منها:

---

(١) والجدير بالذكر أن هذه الأعراض قد تكون بسبب أمراض أخرى ولكن لابد من فحص الكبد أولاً.

(٢) المسئولية الجنائية للاطباء، د/ أسامة عبدالله قايد، صـ٦١، دار النهضة العربية، عام ١٩٨٧م.

(٣) الموسوعة الطبية الحديثة، لمجموعة من الأطباء، جـ٢، صـ٣١٢، والموسوعة الطبية العربية، د/ عبدالحسين بيرم، صـ٧٨، مطبعة دار القادسية بغداد.

فحص البراز: وهو من ألزم الفحوص الروتينية لأمراض الجهاز الهضمي. فيتبين شكله، وقوامه، ولونه، ثم يُفحص البراز فحصا مجهريا، بحثا عن بويضات الديدان، كالبلهارسيا، والأسكارس، وعن الطفيليات الأخرى، كالأميبا، أما الفحوص الخاصة للبراز فمن أمثلتها: فحص البراز للدم الخفي، وهدفه التعرف على مصادر النزف من القناة الهضمية.

فحص الدم : ويكشف عن الأنيميا، وكذلك ارتفاع سرعة ترسيب الدم، وزرع الدم بكتريولوجيا يحدد الحمى التيفوئيدية، أما تحاليل الدم الكيميائية فشتى: وظائف الكبد مثل إنزيمات الكبد ومعدل البروتين، وإنزيم البنكرياس، والصفراء في الدم ولها دور أساسي في تشخيص أسباب اليرقان.

التحاليل المناعية والمصلية: وهي تحاليل تهدف إلى الكشف عن ميكروبات، أو مكونات ضارة وأجسام مضادة تتفاعل معها.

فحوص خاصة بالكبد [1]:

يلزم لتشخيص أمراض الكبد عمل تحاليل خاصة تسمى وظائف الكبد[2] وهي :

١- تحديد نسبة الصفراء (البليروبين) في الدم ونوعها .

٢- نسبة الأنزيمات الكبدية المختلفة .

٣- تحليل البول لتحديدي وجود البليروبين .

فإذا كانت نسبة الصفراء عالية دل ذلك على إصابة الكبد بالمرض، أما إذا كانت نسبة الصفراء عالية بالدم مع عدم وجود ارتفاع في باقي التحاليل من الأنزيمات الكبدية،

---

(١) راجع في ذلك: الكبد ، الدليل المتكامل للكبد ، الأمراض — التشخيص- العلاج ، د/ عبد الرحمن الزيادي، صـ٤٢ وما بعدها.

(٢) قد يخطئ بعض الأطباء والمرضى على حد سواء ، فيطلقون مسمى وظائف الكبد (Liver Function Tests) ومختصرها (S،LFT) على فحوصات الدم، وعلى الطبيب المختص أن يقوم بتقييم طبي شامل لاكتشاف حالة الكبد، إن كانت مصابة أم لا، وليس الاعتماد فقط على ما يسمى بوظائف الكبد (S،LFT) ، لذا يمكن القول إن أنزيمات الكبد وحدها لا تعطي أية دلالة على قدرة الكبد الوظيفية ، وأن الـ (S،LFT) لا تعطي صورة كاملة عن وظيفة الكبد ، راجع في ذلك : أمراض وزراعة الكبد ، د/ إبراهيم حمد الطريف ، صـ٢٧.

فإن ذلك يدل على أن السبب هو تكسير في كرات الدم الحمراء، ويكون الكبد في هذه الحالة غير مصاب، وليس له يد في الصفار.

أما إذا كان هناك تليف بالكبد[1] فعادة تكون وظائف الكبد في حدود النسبة الطبيعية، ويُقال إن الكبد في حالة تكافؤ مع المرض، أي أن وجود وظائف الكبد الطبيعية لا يعني أن الكبد خال من المرض.

وتحليل وظائف الكبد من التحاليل الهامة للكشف عن أسباب الصفراء الناتجة عن إصابة الكبد بالفيروس[2] (أ — ب — د — لا — أ / لا — ب) فيوجد علامات معيزة لكل فيروس من هذه، ويمكن الكشف عنها بعمل تحاليل خاصة بكل نوع، وأيضا بواسطة هذه التحاليل يمكن معرفة حاملي الفيروس (ب) الذي يعتبر أكثر الفيروسات ضررا ، والذي لا يظهر عليهم أي أعراض مرضية .

ومن التحاليل الهامة أيضا تحديد نسبة البروتينات بالدم، وتصنيفها لمعرفة مدى إصابة الخلايا الكبدية بالمرض، وعجزها عن تصنيع البروتين الذي يؤدي إلى تورم القدمين.

وبفحص البول والبراز يمكن التوصل إلى الطفيليات التي تصيب الإنسان وتؤثر على الكبد مثل: البلهارسيا، والأميبا، والدودة الكبدية، والإسكارس، وغيرها[3].

أما التحليل الخاص بالكشف عن سرطان الكبد فهو يسمى البروتين الجنيني (أ).

---

(١) وأهم مضاعفات تليف الكبد هي : • فشل خلايا الكبد . • استسقاء بالبطن .
• دوالي المرئ النازفة أو غير النازفة . • غيبوبة الكبد بدرجاتها المختلفة. •ورم سرطاني بالكبد.
• حدوث ملتزمة الكبد والكلى .
ينظر في ذلك : الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم ، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ٢١ .

(٢) الفيروسات: كائنات دقيقة جداً لا ترى بالميكروسكوب الضوئي (درجة التكبير ٥٠٠ مرة)، ولكن ترى بالميكروسكوب الإلكتروني (درجة التكبير ١٠٠٠٠ مرة) ، وتتكون الفيروسات من غلاف يحتوي بداخله على اللب الذي يحتضن الجينوم ، ويتكون الجينوم من الحامض النووي الحامل للجينات أو المورّثات، وعند غزو الفيروس لخلايا الجسم يتخلى عن غلافه بمجرد دخوله الخلية الكبدية، وتدخل المورثات لتسيطر على مراكز الخلية الكبدية، وتسخيرها لاستنساخ ملايين الفيروسات التي تنطلق خارج الخلية لغزو خلايا أخرى، راجع في ذلك : الكبد ، الدليل المتكامل للكبد ، الأمراض — التشخيص— العلاج ، د/ عبد الرحمن الزيادي، صـ٥٣.

(٣) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد ، الأمراض — التشخيص— العلاج ، د/ عبد الرحمن الزيادي، صـ٤٣.

ثالثاً: الفحص التصويري

ويتم من خلاله تصوير الكبد بطريقة لا تنتهك حرمته.

وهذه الطرق هي: الموجات فوق الصوتية، والأشعة المقطعية، وأشعة الرنين المغناطيسي، والأشعة السينية، والمسح الذري للكبد[1]، ولكل وسيلة من هذه الوسائل إمكانيتها، والمرض الذي يغفل تشخيصه بوسيلة من هذه الوسائل يمكن تشخيصه بالأخرى[2].

عينة الكبد :

يمكن بواسطتها أخذ عينة من نسيج الكبد، بإبرة خاصة تدخل في جدار البطن من الجانب الأيمن (وذلك لفحصها باثولوجياً) بعد استعمال التخدير الموضعي[3]، ويلجأ الأطباء لهذه الوسيلة عندما تكون نتيجة الفحص غير كافية، أو سلبية، ولم يصلوا إلى تشخيص المرض، وهذه الوسيلة آمنة، ولا داعي للقلق منها، فهي الوسيلة الأكيدة لتشخيص المرض[4].

---

(١) الأشعة السينية: موجات قصيرة جداً للطاقة تكسبها نفاذية خاصة، وينتجها إطلاق إلكترونات عالية السرعة على هدف من التنجستن في داخل أنبوبة مفرغة، وهي لا ترى بالعين ولكنها تؤثر في لوح حساس أو ستار مغطى بمادة خاصة ويسمى المنظار المشع (فلورسكوب)، تم اكتشافها على يد الفيزيقي الألماني ولهم كونراد رونتجن في عام ١٨٩٥م، ينظر: الموسوعة الطبية الحديثة، لمجموعة من الأطباء، جـ٥، صـ٩٧٥، ٩٧٧، والموسوعة الطبية العربية، د/ عبدالحسين بيرم، صـ٣٥.

(٢) الكبد ، الدليل المتكامل للكبد ، الأمراض — التشخيص— العلاج ، د/ عبد الرحمن الزيادي، صـ٤٣.

(٣) وهو الذي يسبب زوال الحس في منطقة محدودة من الجسم، وتسمى الأدوية التي تحدثه بالأدوية المخدرة الموضوعية، كالستوفائين، والنوفوكائين، والكوكائين، راجع في ذلك: التخدير الموضعي، د/ شفيق الأيوبي، صـ٨، مطبعة دمشق الطبعة الرابعة، عام ١٣٩٣هـ، والستوفائين: عبارة عن كلوريدات الأميلثين وتسمى أيضاً سيدوكائين، وأميلوكائين، وهي بلورات صغيرة لامعة تنحل في الماء والكحول، ينظر: التخدير الموضعي، د/ شفيق الأيوبي، صـ١٢٩، والنوفاكائين: ويعرف في كثير من بلدان العالم بالبروكائين، وهو من أشباه القلويات المركبة صناعياً، ينظر: المرجع السابق صـ١٢٥، ١٢٧، والكوكائين: مادة مخدرة تؤخذ من شجر الكوكا الموجود في بلاد البيرو، وبوليفيا في أمريكا الجنوبية، وهي تلعب دوراً كبيراً في التخدير الموضعي، وبقيت مدة طويلة وحيدة في استعمالها، ويصنف الكوكائين كيميائياً على أنه منشط وليس مخدراً، لما يسببه للشخص من النشاط، ينظر: المخدرات، د/ صلاح يحياوي، صـ١١٢، وما بعدها، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(٤) ولكن يتعذر إجراء عينة الكبد في حالات نقص الصفائح الدموية، أو اختلال زمن البروثرومبين، أو مرض الهيموفيليا (النزف)، وهناك محاذير كثيرة على إجرائها في حالات أورام الكبد الخبيثة، راجع في ذلك : الكبد، الدليل المتكامل للكبد ، الأمراض — التشخيص— العلاج ، د/ عبد الرحمن الزيادي، صـ٥٠.

رابعاً: الفحص المنظاري[1].

كانت الوسيلة الوحيدة للنظر إلى جوف القناة هو إدخال أنبوبة صلبة يُلقي الضوء من خلالها إلى أحد طرفي القناة، لأن الضوء لا يسير إلا في خطوط مستقيمة، وكانت أقصى مسافة يمكن عبورها من الفم ٥٠ سم، أما من فتحة الشرج فهي ٤٠ سم.

ومن ثم استعملت الألياف الضوئية من الزجاج، كل ليفة منها مستقيمة ولكنها قصيرة جدا، ويمكن ترتيبها في تسلسل يسمح بمرور الضوء وانعكاسه من ليفة إلى أخرى، ولكنها في تتابعها تسير في مسار متعرج.

ويمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من مناظير الجهاز الهضمي:

١- علوي — لفحص المريء والمعدة والإثنى عشر .
٢- سفلي — لفحص المستقيم والقولون .
٣- وآخر- لتلوين قناة البنكرياس وقنوات الجهاز المراري.

خامساً: الفحص الباثولوجي.

علم الباثولوجيا هو: فرع الطب الذي يدرس أمراض الجسم والتغييرات في خلايا الأعضاء. فالكبد مثلا يتم الحصول منه على خزعة بإبرة خاصة تبين الالتهاب بأنواعه، والتليف، والتشمع، كما يمكن بفرشاة خاصة أن تُجمع الخلايا المتساقطة من الأورام لفحصها، كل هذه العينات من الأنسجة والخلايا تخضع لفحوص متعددة حسب الغرض منها، فالفحص المجهري يكشف عن معظم المطلوب، ولكن هناك حالات معقدة تستعصي على الفحص بالوسائل المعتادة، ويضطر الطبيب حينها إلى إجراء جراحة استكشافية، ينتهز معها فرصة أخذ عينة من الجزء المشتبه فيه، ويُحاول الإسراع بفحصه وتشخيصه قبل البت في أمره.

بعد القيام بهذه الفحوصات يستطيع الطبيب تحديد حالة المريض، وتحديد مدى حاجته لزراعة الكبد من عدمه، ولكن السؤال الذي يفرض نفسه هو متى يقرر الطبيب أن المريض يحتاج إلى زراعة كبد ؟ هذا ما نجيب عنه خلال المطلب الآتي.

---

(١) والمنظار الطبي لا يمكن لكل شخص أن يحسن طريقة إدخاله وإخراجه من جسم المريض إلا بعد معرفة تامة وخبرة يكتسبها الإنسان عن طريق التعلم وكثرة التطبيق تحت أيدي المختصين، راجع في ذلك: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، د/ محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، ص١٤٨، رسالة دكتوراه بقسم الفقه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، مكتبة الصحابة الأمارات، ومكتبة التابعين عين شمس، مصر، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م .

المطلب الثالث

الأمراض التى تعالج بزراعة الكبد(١)

أولاً: القصور الكبدي المزمن:

إن زراعة الكبد هي علاج حالات القصور الكبدي التي تمثل النهاية المشتركة لمجموعة كبيرة من أمراض الكبد، إن تشمع الكبد هو الوصف التشريحي للكبد الفاشل، ويترافق عادة بارتفاع التوتر في الدورة البابية.

ويتلازم مع القصور الكبدي مجموعة من الأعراض، والعلامات السريرية، والمخبرية، التي تتناسب شدتها مع كمية الخلايا الكبدية المفقودة، ومع كمية التليف

---

(١) حدد المركز السعودي لزراعة الأعضاء عبر لجانه المختصة الحالات التي يمكن حين توافرها كلها أو بعضها لدى المريض إجراء عملية زراعة كبد له وهذه الحالات هي:

أولاً: قصور الكبد الفجائي الحاد والناجم عن:

١- التهاب الكبد الفيروسي(أية(A)، بي(B)، دي(D) سي(C)، سي إم في، أو الإصابة بفيروس إبشتاين – بار .... إلخ).

٢- الأدوية السامة للكبد(هالوثان، ديسولفيرام، أسيتا امينوفين ...إلخ). ٣ – أمراض الكبد الاستقلابية.

٤- مرض(ويلسون). ٥- مرض (راي). ٦- رضوض الكبد الشديدة.

ثانياً: أمراض الكبد المزمنة في مراحلها المتقدمة ومنها:

١- تشمع الكبد الصفراوي الأولي. ٢- الالتهاب الأولي للأقنية الصفراوية المصحوب بالتصلب.

٣- انسداد الأقنية الصفراوية. ٤- التهاب الكبد المناعي الذاتي مجهول السبب.

٥- تشمع الكبد الكحولي المزمن. ٦- التهاب الكبد الإنسمامي المزمن نتيجة السموم المختلفة.

٧- التهاب الكبد الفيروسي المزمن. ٨- أمراض الكبد الوعائية(متلازمة بود – شياري) أو (المرض الوريدي الإنسدادي).

ثالثاً: أمراض الكبد الاستقلابية الوراثية ومنها:

١- قصور الألفا(١) أنتي تريبسين. ٢- مرض(ويلسون). ٣- مرض(كريغلار – نجار).

٤- مرض تخزين الغليكوجين. ٥- مرض نقص البروتين(سي). ٦- مرض(الأوكسالون).

رابعاً: أورام الكبد الموضعية مثل:

١- سرطان الخلايا الكبدية الأولي. ٢- سرطانات الكبد الأخرى. ٣- سرطان الكبد الانتقالي الوحيد(الكارسينوئيد ... إلخ). لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع ينظر : دليل إجراءات زراعة الأعضاء بالمملكة العربية السعودية إصدار وزارة الصحة ، المركز السعودي لزراعة الأعضاء صـ٣٦ وما بعدها ، أو على موقع المركز السعودي لزراعة الأعضاء، بشبكة المعلومات الدولية(الإنترنت)
www.scot.org.saarabicliver.html -64k.htm

(التشمع) الذي يحل محل هذه الخلايا، ويعتبر تليف الكبد بأسبابه المختلفة: الفيروسي، المناعي، الكحولي، الصفراوي الأولي، من أول الدواعي لزراعة الكبد[1].

ثانياً: القصور الكبدي الحاد

يُعرف القصور الكبدي الحاد بأنه: فشل كبدي لدى شخص ليس لديه مرض في الكبد قبل الأسابيع الستة الأخيرة (تجاوز الستة أسابيع يدخل الحالة في تصنيف تحت-الحاد والمزمن).

ثالثاً: الأمراض التي تشكل استطبابا للزرع دون أن تترافق بفشل كبدي

مثل سرطان الكبد البدئي[2] وبعض الأمراض الاستقلابية الخلقية (فرط الاوكسالات، تنانر كريجلر نجار، نقص مستقبلات ليبوبروتين منخفض الكثافة، تنانرات نقص عوامل دورة اليوريا).

هذه الأمراض تحتاج إلى زراعة الكبد دون الاعتماد لتقرير ذلك على تأثر الكبد نفسه بالمرض، لدى العديد من المراكز تشكل الإصابة بمرض تصلب القنوات الصفراوية استطبابا للزراعة بغض النظر عن شدة المرض وذلك بسبب احتمال التسرطن[3].

رابعاً: وجود مرض كبدي مزمن يترافق مع أعراض سريرية شديدة

مثل: (النعاس الشديد، الحكة المستمرة الشديدة، تكرر انتانات المجاري الصفراوية، الحبن الشديد، وترقق العظام الاستقلابي الشديد)، رغم أن بعض هؤلاء المرضى لا يحصل على رقم كاف للزرع حسب دالة تشايلد بيو فإن بعض المراكز العالمية تعتبر أن شدة هذه الأعراض يشكل منفردا سببا كافيا للزراعة.

---

(١) الكبد، الدليل المتكامل للكبد، الأمراض — التشخيص- العلاج، د/ عبد الرحمن الزيادي، ص٣٠٠.

(٢) وسرطان الكبد: هو نمو غير طبيعي وغير منتظم لخلايا الكبد في حال كان الورم أولي، أما إذا كان ثانوي فإنه يكون منتشر من عضو آخر بالجسم وصولاً للكبد، وسرطان الكبد من السرطانات الشائعة جداً في العالم، يعتبر ثالث سرطان شيوعاً في العالم، ويكثر سرطان الكبد في منطقه الشرق الأقصى والدول العربية(السعودية ومصر) وشمال أفريقيا، ينظر :

http://www.٦abib.com/a-733/t- ١٤٢٦/٦/١٣هـ

(٣) وعلى أية حال فقد تناقصت دواعي زراعة الكبد في مرضى السرطان، بعد أن اتضح أن المرض قد يعود مرة أخرى بعد الزرع، كما أن زراعة الكبد لا تجري في سرطان الكبد الثانوي أي الناتج عن انتشار السرطان من أعضاء الجسم الأخرى إلى الكبد، راجع تفصيل ذلك: الكبد ، الدليل المتكامل للكبد ، الأمراض — التشخيص- العلاج ، د/ عبد الرحمن الزيادي، ص٣٠١.

المطلب الرابع

مفهـوم زراعـة الكبـد ونطاقه

مفهوم زراعة الكبد:

زراعة الكبد هي عمل جراحي[1] مؤلف من ثلاثة أجزاء منفصلة[2]:

---

(١) الجراحة لغة: مأخوذة من الجرح، يقال جرحه جرحاً إذا أثر فيه بالسلاح، وهي اسم للضربة، أو الطعنة، والجمع: جراح كما تقول دجاجة جمعها دجاج، وتجمع على جراحات أيضا، راجع: لسان العرب لابن منظور، جـ٢، صـ٤٢٢، والقاموس المحيط، صـ ٢٧٥، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ – طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، والصحاح، المسمى تاج اللغة وصحاح العربية، للشيخ أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، جـ١، صـ٣٥٨، المطبعة الكبرى العامرة بمصر، سنة ١٢٩٢هـ، وبهامشه كتاب: الوشاح وتثقيف الرماح في رد توهيم المجد الصحاح.

واصطلاحاً هي: صناعة ينظر بها في تعريف أحوال البدن، من جهة ما يعرض لظاهره من أنواع التفرق في مواضع مخصوصة، وما يلزمه، ينظر: العمدة في الجراحة، لأبي الفرج موفق الدين يعقوب بن إسحاق الكركي المعروف بابن القف، جـ١، صـ٤، ٥، طبع دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن، سنة ١٣٥٦هـ، وقيل هي: فن من فنون الطب يعالج الأمراض بالاستئصال أو الإصلاح أو الزراعة أو غيرها من الطرق التي تعتمد كلها على الجرح والشق والخياطة، راجع في هذا: الموسوعة الطبية الفقهية د/ أحمد محمد كنعان، صـ ٢٣٤، وأحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، د/ محمد بن محمد المختار الشنقيطي –، صـ ٩٧ وما بعدها، والطب عند العرب د/ حنيفة الخطيب، صـ ١٥٤، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت ١٩٨٦م، والأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، د/ محمد خالد منصور صـ ١٥٧، الطبعة الثانية، طبعة دار النفائس ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م،

– ولقد مارس الإنسان منذ القدم بعض أشكال الجراحات البدائية، بقصد ترميم أو إصلاح الإصابات التي كان يتعرض لها خلال أنشطته اليومية كالصيد ونحوه، أو المعارك والحروب، أو اعتداء الحيوانات عليه، وقد كانت تلك الجراحات تجري في الغالب للأعضاء الظاهرة كالأسنان والأطراف والجلد دون الأحشاء، ثم جاء العهد الإسلامي الزاهر فأضيف إلى فن الجراحة الكثير من الأسس العلمية على أيدي الأطباء الفحول من أمثال الإمام (أبو بكر محمد بن زكريا الرازي: الذي كان طبيباً وكيميائياً وفيلسوفاً، وقد ظل حجة في الطب في أنحاء العالم حتى القرن السابع عشر الميلادي) ويعد الرازي أول من ابتكر خيوط الجراحة المصنوعة من أمعاء الحيوانات، وأول من ميزّ النزيف الشرياني عن النزيف الوريدي، وأول من استخدم الفتائل الجراحية والأنابيب لتفجير القيح والصديد إلى خارج الجسم، راجع في ذلك: الموسوعة الطبية الفقهية د/ أحمد محمد كنعان –صـ ٢٣٤ وما بعدها.

(٢) زراعة الكبد ودورها في الممارسة الطبية الحديثة، د/ سمير عيسى – حلب، بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية، بموقع الجمعية السورية لأمراض جهاز الهضم، العدد الأول ينظر:

httpwww.ss-ge.comfirst_samir.htm

١- الحصول على الطعم الكبدي من المتبرع: قد يكون المتبرع متوفى دماغياً، فيتم استئصال كامل الكبد كطعم، أو يكون المتبرع حياً، فيتم استئصال جزء من الكبد الأيمن أو الأيسر، تبعا لعمر المتلقي[١].

٢- استئصال الكبد المريض من المتلقي.

٣- زراعة الطعم في المتلقي.

أو هو إجراء جراحة لاستبدال كبد المريض بجزء من كبد شخص آخر، يجيء الجزء من الكبد المتبرّع به من أحد الأقارب[٢] وفي هذه الحالة، يتلقى المريض جزءًا من كبد المتبرّع، و يكفى الجزء المزروع احتياجات الكبد في المريض، و الجزء المتبقي يكفى احتياجات المتبرع [٣]، وهناك أيضا زرع الكبد من شخص متوفى حديثا لكن هذا النوع من الجراحة غير متوفر حاليا بمصر[٤].

وتستغرق زراعة الكبد عادة من ١٠ إلى ١٥ ساعة، وأحياناً أطول من ذلك بكثير.

نطاق عملية زراعة الكبد:

يتحدد نطاق عملية زراعة الكبد من عدة جوانب، وهي طبيعة الجزء المستأصل، وهل هو من حي، أو من متوفى دماغياً، والعناية بالمريض قبل وبعد الجراحة، ولذا ينبغي التعرض لتلك الأمور على النحو التالي:

---

(١) فالكبد يتكون من ثمانية أجزاء فيتم نقل جزء من الفص الأيسر، الجزء الثاني أو الثالث او الجزء الرابع أو الفص الأيمن، وذلك حسب عمر المريض ووزنه ولا تأثير في ذلك على المعطي الحي، ينظر: زراعة الكبد، د/ محمد فؤاد خالد، مطابع الأهرام بكورنيش النيل القاهرة، سنة ١٩٩٧م، صـ٥٣ وما بعدها.

(٢) حيث يتم نقل جزء من كبد الأم أو الأب أو الجد أو العم أو الخال، إلى أحد المرضى الذين يعانون، ينظر: نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ١٤٠، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦م.

(٣) وهذا النوع متوفر في مصر حيث يقوم الجراح بزراعة جزء من الكبد من أحد المتبرعين، ويكون من الأقارب حتى الدرجة الرابعة، د/علاء الدين إسماعيل، عميد المعهد القومي المصري لأبحاث الأمراض المتوطنة والكبد ، أستاذ طب و جراحة الكبد و الجهاز الهضمي بجامعة عين شمس، في الحوار الذي أجري مع سيادته بعنوان (أمراض الكبد ... استشارات حيه) بموقع أسلام أون لاين على شبكة المعلومات الدولية، بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٩م ومنشور بـ
//www.islamonline.net/livedialogue/arabic/Brow.htm

(٤) معهد الكبد بشبين الكوم، على موقعه الإلكتروني بشبكة المعلومات الدولية، إدارة وتصميم قسم طب الكبد ينظر:

http://www.liver-eg.org/Liver%20Transplantation1.htm

أولاً: استئصال جزء من كبد متبرع حي

ويتم في هذه الحالة استئصال جزء من كبد المتبرع بغرفة عمليات مجاورة لغرفة عملية الزراعة، من خلال فتحة تحت القفص الصدري مباشرة، ويزال جزء من كبد المتبرع ثم تغلق الفتحة في نفس الوقت الذي يقوم فيه فريق الزراعة باستئصال الكبد المريض، من خلال فتحة في أعلي البطن، ويوضع الجزء المتبرع به في البطن، وتربط الأوعية الدموية بجسم المريض بالأوعية الدموية بالكبد الجديد، وتربط القناة المرارية للجزء المتبرع به بالقناة المرارية للمريض، أو بجزء من الأمعاء حتى يمكن أن تصرف إفرازها في الأمعاء الدقيقة، وبعد عدة أيام من الجراحة في المستشفي يفضل بقاء المريض قرب المستشفي لعدة أسابيع إضافية لمراقبة حالته بحرص[1].

ثانياً: زراعة الكبد من متوفى حديثاً.

وفي هذه الحالة يُوصي الشخص بالتبرع بأعضائه بعد الوفاة ، فإذا ما وصل هذا الشخص إلى مرحلة الوفاة الدماغية، ففي هذه الحالة يبدأ دور أجهزة الكمبيوتر في مراكز زراعة الكبد في محاولة التوفيق للوصول إلى المريض المناسب الذي يحتاج إلى كبد هذا المتوفى، وعند توافر الشخص المناسب، يذهب فريق جراحي كامل بكامل عُدته إلى مستشفى المتبرع حيث يقوم هذا الفريق باستئصال الكبد، في عملية جراحية يشترك فيها فريق متخصص لاستئصال القلب، والرئتين، وآخر لاستئصال الكليتين والبنكرياس، إلى جانب فريق استئصال الكبد، يتم الاحتفاظ بالكبد المستأصلة في محلول جامعة وسكانسون (WU solution) في درجة حرارة ٤ مئوية، وتُنقل إلى مستشفى المتلقي حيث يتم في هذه الأثناء تحضيره لعملية الزرع، وتتم عملية الزراعة في مدة لا تزيد على ١٢ — ٢٤ ساعة من وقت استئصال الكبد المتبرع بها.

وقبل زراعة الكبد الجديدة يقوم فريق طبي آخر باستئصال الكبد المريضة من جسم المتلقي، وتعتبر هذه أخطر خطوة في عملية زرع الكبد، في الوقت الذي يقوم فيه الفريق الآخر باستخراج الكبد المتبرع بها، وتجهيزها، وتحضير شريانها، ووريدها، وقناتها الصفراوية، للفريق الذي يقوم بزرعها بعد استئصال الكبد المريضة[2].

---

(١) راجع تفصيل ذلك في: أمراض وزراعة الكبد، د/ إبراهيم الطريف، صـ١٥٠.
(٢) راجع تفصيل ذلك في: الكبد الدليل المتكامل للكبد، د/ عبدالرحمن الزيادي، ، صـ٣٠٣، وما بعدها.

ثالثاً: تحضير المريض لزراعة الكبد:

يخضع المريض بعد وصوله إلي مرحلة الزراعة، وقبل وضعه على القائمة، إلى مجموعة من الدراسات والاستقصاءات هدفها:

١- التأكد من عدم وجود مانع من موانع زراعة الكبد[1].

٢- التأكد من أهلية المريض للخضوع للعمل الجراحي.

٣- وضع المخطط العلاجي الوقائي لمرحلة ما بعد الزراعة بهدف الوقاية من بعض الأمراض الإنتانية الهاجعة (مثل السل) أو ترقب نكس المرض البدئي (فيروس ج، فيروس ب، التشمع الصفراوي البدئي، أو تصلب القنيات الصفراوية)، أو الحماية من اختلاطات متوقعة (إزالة الأسنان الفاسدة، التلقيح لبعض الانتانات. [2]

٤- العناية الطبية بالمريض أثناء الانتظار على القائمة[3]، وتهدف العناية الطبية بالمريض في هذه الفترة إلى: مراقبة وضع المريض الصحي، والى تحسين وضعه لتلقي الطعم، وتجنب اختلاطات القصور الكبدي مثل النزف الهضمي، والتهاب البريتوان التلقائي، وترتكز هذه العناية على النواحي التالية:

أ- إعطاء المضادات الحيوية الوقائية عند وجود تاريخ لالتهاب البريتوان التلقائي: يستعمل مادة السيبروفلوكساسين لوقاية المريض بمعدل ٤٠٠ ملغ يوميا لمرة واحدة عن طريق الفم.

---

(١) وموانع زراعة الكبد قد تكون موانع مطلقة ، كما لو كان المريض مصاباً بإنتان خارج الجهاز الكبدي الصفراوي، أو مصاباً بسرطان غير كبدي، أو مصاباً بمرض الإيدز، أو مصاباً بقصور قلبي أو رئوي نهائي، أو كان مدمناً على الكحول أو المخدرات، وقد تكون موانع نسبية، كما لو كان عمر المريض أقل من (٤) أسابيع أو أكثر من (٦٥) عاماً، أو كان مصاباً بالتهاب الكبد الوبائي (بي) الفعال، أو إذا كان قد أجريت له جراحة بطنية واسعة، راجع هذه الموانع في: دليل إجراءات زراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية، إصدار المركز السعودي لزراعة الأعضاء بوزارة الصحة، صـ٣٨، والكبد الدليل المتكامل للكبد، د/ عبدالرحمن الزيادي، ، صـ٣٠١، وما بعدها، والكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم، د/ عبده الشافعي، صـ٢٧٦.

(٢) Centers for Disease Control and Prevention: General recommendations on immunization. Guidelines from the Immunization Practices Advisory Committee. Ann Intern Med 111:133-142، 1989

(٣) فيجب المتابعة الدقيقة من قبل الفريق الطبي واستخدام الأدوية حسب نصائح الطبيب ومنع حدوث أية مضاعفات، ينظر: أمراض وزراعة الكبد، د/ إبراهيم الطريف، صـ١٥٠.

ب- إعطاء المواد الخافضة للضغط الوريدي الحشوي للوقاية من النزف الهضمي: تستعمل صادات بيتا من اجل هذه الغاية، ويمكن استعمال ربط الدوالي المريئية بواسطة المنظار كخيار آخر.

ت- المعالجة الفعالة[1] لاضطرابات التوازن الشاردي والسوائل لتجنب حدوث التناذر الكبدي - الكلوي.

ج- تحسين الوضع الغذائي والاستقلابي للمريض باستعمال التغذية المدروسة، والدعم بالفيتامينات والعناصر الضرورية، ومن المهم الإشارة إلى أنه يجب على هؤلاء المرضى تجنب الأغذية الغير مطهية جيدا، وذلك بسبب احتمال إصابتهم منها بجرثوم فيبريو فلنيفوكس الذي يتسبب في إحداث نسبة عالية من الوفيات في هذه الشريحة من المرضى.

رابعاً: العناية بعد العملية:

يُنقل المريض بعد العملية إلى قسم العناية المركزة، ويبقى على التنفس الصناعي لمدة تقارب ٢٤ ساعة، ويعطى المضادات الحيوية، والأدوية المخفضة للمناعة، والمكونة من أزاثايوبرين، وسايكلوسبورين إيه، وبردنيسولون، ويُنقل المريض إلى الجناح العام بعد ما يقارب ٧٢ إلى ٩٦ ساعة، ولا داعي لحجز المريض مدة أطول في الرعاية المركزة، ويمكث المريض في المستشفى قرابة ٣- ٤ أسابيع ما لم تحصل مضاعفات تؤخر خروجه[2].

وينبغي على المريض بعد خروجه من المستشفى أن يتابع أسبوعياً، لتوقيع الكشف الإكلينيكي عليه، وإجراء فحوص معملية، للأطمئنان على صحته، وضبط مستوى دواء السايكلوسبورين في الدم[3].

---

(١) المعالجة الطبية : "هي مجموعة من الأعمال التي يتخذها الطبيب للتخفيف عن المريض، ولحمايته من المرض، راجع : المسئولية المدنية عن الأخطاء الطبية، د/ عبداللطيف الحسيني، صـ ١٥٧، طبعة أولى سنة ١٩٨٧م ، طبعة الشركة العالمية للكتاب - بيروت) .

(٢) راجع تفصيل ذلك في: الكبد الدليل المتكامل للكبد، د/ عبدالرحمن الزيادي، ، صـ٣٠٣، وما بعدها.

(٣) راجع الاحتياطات التي يجب أن يتوخاها المريض بعد زراعة الكبد في: الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم، د/ عبده مبروك الشافعي، صـ٢٧٨، وما بعدها.

الخـــلاصـــة

إن زراعة الكبد تمثل بالنسبة إلى الممارسة الطبية ما يمثله غزو الفضاء بالنسبة للعلوم الأخرى، فمنذ اللحظة الأولى لتشخيص المرض، وإلى حين لحظة الزراعة وما بعدها، فإن العناية بالمريض تشكل مثالا في التعاون بين الأخصائيين في العديد من الفروع الطبية ونظيرة الطبية، إن معظم القواعد الناظمة لهذا الحقل قد تم وضعها من قبل مراكز عالية مما يجعل عملية الزراعة نفسها وتوقيتها أمورا من السهل الاتفاق عليها بين الأطباء المشاركين في العناية بالمريض، ومن نفس المنطلق فإن رفض إجراء الزراعة لمريض ما يكون غالبا نتيجة لسبب واضح لا خلاف عليه.

إن السبب الأهم لتأخر انتشار هذه الآلية العلاجية بشكل واسع هو نقص عدد المتبرعين، لذلك فإنه يتوجب على كافة الممارسين الذين يدركون النتائج الممتازة للزراعة نشر التوعية بين زملائهم الأطباء، وبين عامة الناس مما قد يرفع نسبة التبرع بين المتوفين دماغياً، وأيضا من الأقرباء الأحياء.[1]

ولذا فإنه ينبغي تشجيع زراعة الكبد من حي إلى حي، والعمل على تدعيمها بكل الطرق، والوسائل التي تضمن حياة كريمة للمريض مع الحرص على سلامة المتبرع.

وسرعة إصدار قانون يبيح زراعة ونقل الأعضاء من المتوفى وفاة حقيقية وفقاً للمعايير العالمية، وذلك منعا لما قد يتعرض له المتبرع الحي من مضاعفات جراحية، ولتوفير المال الذي ينفق في العلاج بالخارج، علما بأن مصر ترسل أبناءها الأطباء للعمل بالخارج، وترسل مرضاها للعلاج في الدول الأجنبية، وفي كثير من الأحوال يكون الطبيب والمريض مصريين على أرض غير مصرية[2] ولا سيما وأن مصر تحتل المرتبة الأولى من

---

(١) زراعة الكبد ودورها في الممارسة الطبية الحديثة ، د/ سمير عيسى — حلب ،بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية بموقع الجمعية السورية لأمراض جهاز الهضم، العدد الأول ينظر :
httpwww.ss-ge.comfirst_samir.htm

(٢) المؤتمر الطبي الدولي الخامس عشر الذي نظمته جامعة الأزهر بالقاهرة، ينظر: جريدة العالم الإسلامي ، العدد ١٨٧٥- الاثنين ٢٧ ذو الحجة ١٤٢٥ هـ ٢/٧ / ٢٠٠٥م، الصفحة الثامنة (طب).

حيث حجم الإصابة بفيروس سى[1] مما يجعل هناك ضرورة ملحة لوضع المعايير اللازمة لعملية نقل وزراعة الكبد.

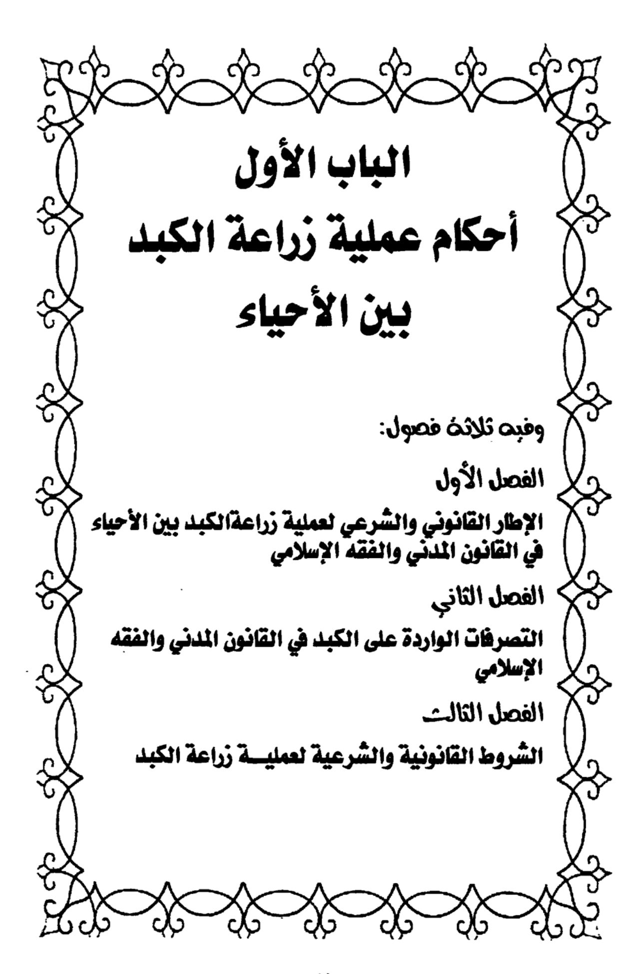
---

(١) علاج جديد لإنقاذ أكباد ملايين المصريين، د/ عبدالرحمن نبوى، المعهد القومى للأورام ، تقرير بجريدة الحزب العربي الديمقراطي الناصري ، العدد الإلكتروني رقم ٩٢٥ بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٠٤م، ولمزيد من المعلومات حول معدل الإصابة بالمرض في مصر ينظر الأبحاث المنشورة لوزارة الصحة والسكان ومنها:

Strickland GT, Elhefni H, Salman T, Waked I, Abdel-Hamid M, Mikhail NN, Esmat G, Fix A. Role of hepatitis C infection in chronic liver disease in Egypt. Am J Trop Med Hyg. 2002 Oct;67(4):436-42.

Medhat A, Shehata M, Magder LS, Mikhail N, Abdel-Baki L, Nafeh M, Abdel-Hamid M, Strickland GT, Fix AD. Hepatitis c in a community in Upper Egypt: risk factors for infection. Am J Trop Med Hyg. 2002 May;66(5):633-8.

Habib M, Mohamed MK, Abdel-Aziz F, Magder LS, Abdel-Hamid M, Gamil F, Madkour S, Mikhail NN, Anwar W, Strickland GT, Fix AD, Sallam I. Hepatitis C virus infection in a community in the Nile Delta: risk factors for seropositivity. Hepatology. 2001 Jan;33(1):248-53.



الباب الأول
أحكام عملية زراعة الكبد بين الأحياء

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول

الإطار القانوني والشرعي لعملية زراعةالكبد بين الأحياء في القانون المدني والفقه الإسلامي

الفصل الثاني

التصرفات الواردة على الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي

الفصل الثالث

الشروط القانونية والشرعية لعمليـــة زراعة الكبد

الفصل الأول
الإطار القانوني والشرعي لعملية زراعة الكبد بين الأحياء في القانون المدني والفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

لقد تطورت العلوم الطبية خلال النصف الثاني من القرن العشرين تطورًا مذهلاً في مجال زراعة الأعضاء البشرية، ولاسيما بالنسبة لأعضاء حيوية كانت إلى وقتٍ قريب جدًا يعتبر الحديث عن زراعتها بمثابة الخوض في المستحيل، مما حدا بالبعض إلى النص صراحة على أنه: "يحظر على الإنسان أن يتنازل أو يقبل التبرع بعضو حيوي من أعضاء جسمه، كالقلب أو الكبد... وإلا كان ذلك تنازلاً عن الحياة نفسها".[1]

ولكن مع تطور الجراحات الطبية، تجاوز الطب الحديث الحدود التقليدية المتعارف عليها بحيث أصبح أكثر فاعلية في علاج الأمراض المستعصية، وإنقاذ البشرية من خطر الموت، ومع هذا فقد أصبحت هذه الجراحات تمثل في الوقت ذاته خروجًا على القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في الحياة وفي سلامة وتكامل جسده[2].

ولكي نتعرف على الإطار القانوني والشرعي الذي يحكم عملية زراعة الكبد، فإن هذا الأمر يستدعي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: موقف القانون المدني من مشروعية زراعة الكبد.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مشروعية زراعة الكبد.

---

(١) حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي – د/ مصطفى عبدالحميد عدوي – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – بدون طبعة صـ١٢٤.

(٢) إن مبدأ معصومية الجسد الإنساني أو ما يعرف بمبدأ حرمة جسم الإنسان، يقتضي حظر المساس به بغير وجه حق، إلا أن ضرورة العلاج أو الحاجة الماسة إليه تبرر ما هو محظور من الناحيتين الشرعية والقانونية. ينظر: أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، ط دار المنار، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م، صـ ١٦٨ – ١٦٩، والقانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، ط دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، صـ٥.

المبحث الأول
موقف القانون المدني
من مشروعية زراعة الكبد

حرمة الجسد الإنساني

إن الجسد الإنساني من أهم العناصر اللازمة لوجود الإنسان، لذا قيل إن الجسم عماد الشخص بذاته بحسب الأصل.[١]

ولذا فإنه لكي يباح لنا المساس بجسم الآدمي فإن ذلك لابد وأن يتم في إطار صيانته والمحافظة عليه، وإذا كان من المؤكد إمكانية عمليات زراعة الكبد في الوقت الحالي بعد التقدم الكبير الذي لحق بها[٢]، فإن ذلك يستدعي تدخل رجال القانون لإظهار التعاون مع العاملين بالطب، حتى توضع هذه العمليات في إطارها القانوني السليم، مما يحقق فعلاً سعادة البشرية، وذلك بأن يقدم الطبيب الوسيلة الفنية، ويقوم رجل القانون بدوره بتقديم القالب القانوني الذي يحقق السعادة الحقيقية للبشرية.[٣]

وقد تجاوب القانون مع التقدم الطبي بظهور فرع جديد من فروع القانون، وهو القانون الطبي.[٤] فالعلاقة بين الطب والقانون تبادلية، كل منهما يؤثر في الآخر ويتأثر به، فالتقدم الطبي لعب دورًا كبيرًا في تقدم القانون، فعندما يتقدم الطب، ويقدم للبشرية

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية، د/ عبد الحي حجازي، الكتاب الثاني "الحق" الجزء الثاني صـ١٧٠، الناشر مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٠م، المدخل للعلوم القانونية، د/ توفيق حسن فرج طبعة ١٩٨١م صـ٤٨٠، دروس في نظرية الالتزام ، د/ محمد لبيب شنب، دار النهضة طبعة ٧٦/١٩٧٧م، صـ٣٤٠، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، د/ أحمد شرف الدين، طبعة ١٩٨٢م، دار الحضارة العربية، الفجالة، صـ١٤.

(٢) وهو ما يؤكده الواقع الذي نعيشه حيث ينتشر في معظم دول العالم مراكز لزراعة الكبد ويتم القيام بعمليات نقل وزراعة الكبد بصفة دائمة ومتكررة، راجع الفصل التمهيدي من هذا البحث.

(٣) عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع — د/ سميرة عابد ديات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٤م، صـ١٤.

(٤) Hubert Winston Smith: An introduction to the interrelationships of law and medicine، De Panel Law Review, Vol. XVIII. Summer 1969، No. 2 – 3, p. 345.

آفاقًا جديدة للصحة والسعادة، فلابد للقانون أن يستجيب ويسمح بذلك، فالتعاون بين الطب والقانون وثيق من أجل خير الإنسانية، فالطب يقدم الأمل والقانون يقدم الحماية.[1]

وفي الواقع فإنه متى تعلق الأمر بالجسم فإن السيادة تكون للطب، أما رجال القانون فلا يملكون إلا الخضوع لنتائج وتفسيرات العلم، وهذا ما دفع البعض إلى القول: "إنها مهمة صعبة، وأحيانًا قاسية، ولكنها مليئة دائمًا بالنبل والأصالة، محاولة ذلك القانوني المعاصر تكييف القانون ضمن كل الوسائل الممكنة، مع الحقائق الطبية والتكنولوجية الجديدة والبحث لدمجها ضمن النظام القانوني مع التوازن المكتسب لمصلحة الفرد والمجتمع".[2]

كما أن القانون أحيانًا يؤثر في الطب وقد يحدث ذلك في حالتين:

الأولى: أن الطبيب عندما يعمل في ظل وضع يخشى فيه مسؤوليته، ولا يعرف الحدود القانونية لحريته، لا يستطيع أن يخلق ويساهم في التقدم العلمي، فالقانون يقدم الإطار والحماية لتقدم الطب.

الثانية: عندما يقف القانون حجر عثرة في سبيل تقدم الطب، وأبرز مثال على ذلك ما حدث في مجال نقل الدم، فقد صدر في فرنسا سنة ١٦٦٨م قانون يُحرم إجراء عمليات نقل الدم من حيوان إلى إنسان نتيجة وفاة كثير من المرضى، وبهذا توقف البحث الطبي في هذا المجال، وظل الوضع كذلك حتى سنة ١٨١٨م، حيث نجح أحد الأطباء لأول مرة في نقل الدم إلى إنسان فعاد القانون وأباح ذلك.[3]

---

(١) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الدين الأهواني، طبعة ١٩٧٥م، صـ١٠ وما بعدها، الناشر مطبعة عين شمس.

(٢) المدعى العام (Matthiis) — اعتبارات من أجل قانون حول نقل الأعضاء أعلن عنها في خطبته بمناسبة افتتاح جلسات محكمة استئناف (Gand) يوم الأربعاء بعد انقضاء العطلة القضائية في الأول من أيلول (سبتمبر) ١٩٧١م وقد ذكر ضمن أعمال مؤسسة هنري كابيتان حول جسم الإنسان والقانون.
مشار إليه: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، رسالة دكتوراه، جامعة روبيرشومان في ستراسبورغ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة ، فرنسا، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، ١٩٩٩م ، صـ١١.

(٣) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية — د/ حسام الأهواني، صـ١١، ولمزيد من التفاصيل راجع: أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٠٧ وما بعدها.

والحقيقة أن القول بأن القانون يمكن أن يكون حجر عثرة في سبيل تقدم الطب لا يمكن حمله على مجمله، إذ إن القانون يراعي في المقام الأول مصلحة الفرد، فهو عندما يحرم إجراء بعض التجارب الطبية يهدف في الغالب إلى حماية الفرد، بدليل أنه في المثال السابق عندما نجح الأطباء في نقل الدم عاد المشرع إلى تعديل القانون بما يتناسب مع مصلحة الفرد.

وبالتالي فإن على الأطباء أن يجدوا الحلول ويكتشفوا البدائل، وعلى رجال القانون أن يقدموا القالب القانوني الذي يتناسب مع تلك الحدود، فالعلاقة بين الطب والقانون وثيقة، فالطب يقدم الأمل القائم على أسس موضوعية، والقانون يقدم الحماية اللازمة لتحقيق التقدم المنظم في كافة المجالات الطبية المحققة لخير البشرية جمعاء[(١)].

وإذا كان الطب الحديث قد أكد إمكانية إجراء عمليات زراعة الكبد بين الأحياء، فإن الفرصة متاحة ومناسبة لدراسة إمكانية إصدار تشريع يضع الضوابط والمعايير التي على أساسها يتم إجراء هذه العمليات، وهو الأمر الذي بات ضروريًا بل وحتميًا.

ولذا فإنه يتعين أن أشير بداية إلى بعض التشريعات العربية والأجنبية التي نظمت عمليات نقل وزراعة الأعضاء وموقف المشرع المصري والفقه القانوني كل في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول: أهم التشريعات العربية والأجنبية التي نظمت عمليات نقل وزراعة الأعضاء.

المطلب الثاني: موقف المشرع المصري والفقه القانوني من مشروعية زراعة الكبد.

---

(١) الآثار المترتبة على نقل الدم البشري للأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت، العدد ٤٨ ذو الحجة ١٤٢٢هـ ، مارس ٢٠٠٢م، السنة السابعة عشر، جـ١ ، صـ٢٠١ ، هامش ٣.

المطلب الأول

أهم التشريعات العربية والأجنبية

التى نظمت عمليات نقل وزراعة الأعضاء

أولاـ التشريعات العربية

(١) التشريع السعودي

تعتبر المملكة العربية السعودية من أكثر الدول العربيـة تنظيمًا وتفصيلاً لمسألة زراعة الكبد وزراعة الأعضاء الأخرى، حيث إنها قامت بإنشاء المركز السعودي لزراعة الأعضاء والصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٨٠ بتاريخ ١٤١٣/٦/٣٠هـ، ويقوم هذا المركز بجميع عمليات زراعة الأعضاء سواء كانت للقلب أو الكبد أو البنكرياس أو غيرها ويوجد له ضوابط ومعايير واضحة ومحددة.[١]

(٢) التشريع اللبناني

وقد سار المشرع اللبناني في ركب التطور وأصدر المرسوم الاشتراعي رقم ١٠٩ بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦م والمسمى (بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية).[٢]

---

(١) وقد صدر دليل إجراءات زراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية بقرار وزير الصحة رقم ٢٩/١/١٠٨١ وتاريخ ١٤١٤/٦/١٨هـ، ١٩٩٣/١٢/٢م، وأشتمل على كافة المعلومات المطلوبة عن زراعة ونقل الأعضاء وهو يعد ويحق إنجازًا تشريعيًا عظيمًا في ذلك المجال ففي مجال زراعة الكبد والذي هو مناط دراستنا نجد أن هذا الدليل قد أشتمل على :

المواصفات الخاصة بإنشاء مراكز لزراعة الكبد، فقد حدد المركز السعودي لزراعة الكبد عبر لجانه المختصة المواصفات الخاصة بإنشاء مراكز لزراعة الكبد وهذه المواصفات هي (١- الطاقم الفني، ٢- التجهيزات الفنية، ٣- الأقسام الطبية المساندة "المختبر، الأشعة، قسم التنظيم"، ٤- الأدوية).

حالات زراعة الكبد، كما حدد المركز عبر لجانه المختصة الحالات التي يمكن حين توافرها كلها أو بعضها لدى المريض إجراء عملية زراعة كبد له.

موانع زراعة الكبد، حدد المركز الموانع المطلقة والموانع النسبية التي تمنع من زراعة الكبد.

دليل الأولويات في زراعة الكبد، حدد المركز السعودي لزراعة الأعضاء أولوية الحالات التي يتم بموجبها زراعة الكبد، كما حدد الطريقة التي يوزع بها الكبد بعد استئصاله.

شروط التبرع بالكبد من الأقارب الأحياء.

انظر : دليل إجراءات زراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية، إصدار المركز السعودي لزراعة الأعضاء، وزارة الصحة صـ٣٣ وما بعدها.

(٢) منشور بالجريدة الرسمية العدد ٤٥ بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦م.

والذي نص في المادة الأولى منه على أنه:

لا يسمح بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسم أحد الأحياء لمعالجة مرض أو جرح شخص آخر إلا وفقًا للشروط التالية مجتمعة:

أولا: أن يكون الواهب قد أتم الثامنة عشر من عمره.

ثانيًا: أن يعاين من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية والذي ينبهه إلى نتائج العملية وأخطارها ومحاذيرها ويتأكد من فهمه لكل ذلك.

ثالثًا: أن يوافق الواهب خطيًا وبملء حريته على إجراء العملية.

رابعًا: أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة، ولا يجوز إجراء العملية لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك أو في حال احتمال تهديد صحته بخطر جدي من إجرائها.

كما أشار المشرع اللبناني بعد ذلك في القانون رقم ٢٨٨ الصادر في ١٩٩٤/٢/٢٢م[١] والمتعلق بالآداب الطبية إلى إمكانية زرع واستئصال الأعضاء فنص في المادة ٦/٣٠ على أنه:

"يمكن إجراء استئصال عضو لإنسان بالغ حي متمتع بكامل قواه العقلية، في سبيل إجراء عملية زرع ذات هدف علاجي، وذلك بعد موافقة الواهب الخطية الحرة الصريحة، وبحضور شاهد، وبعد أن تشرح له نتائج هذا الاستئصال، ولا يجوز حث متبرع على التبرع بعضو يؤثر على حياته".

وبذلك يكون المشرع اللبناني قد حسم موضوع زراعة الأعضاء بالنص عليه صراحة حيث وضع ضوابط وشروط يمكن عند توافرها نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

(٣) التشريع الأردني

قام المشرع الأردني بإصدار عدة تشريعات تنظم عملية زرع ونقل الأعضاء البشرية ومن خلال هذه التشريعات المتلاحقة وصل إلى صياغة قانونية تحدد وبوضوح ضوابط عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

وقد استهل المشرع الأردني هذه التشريعات بقانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم ٤٣ لسنة ١٩٥٦م والذي نص في المادة الثانية منه على أنه:

---

(١) منشور بالجريدة الرسمية العدد ٩ بتاريخ ١٩٩٤/٣/٣م.

"يحق لكل من كانت جثة ميت في حيازته بوجه مشروع أن يأذن باستئصال قرنيتي العينين منهما خلال ثلاث ساعات من وقت الوفاة وفي حالة وجود مصرف للعيون لاستعمالها لأغراض طبية".

ثم أصدر المشرع الأردني أيضاً القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧م، والمسمى بقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان.[١] وقد وضع المشرع الأردني في هذا القانون الضوابط والمعايير اللازمة لعملية نقل وزراعة الأعضاء، ثم أصدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٠م وهو قانون معدل لقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧م.[٢]

وقد أصبح هذا القانون دائميًا بموجب الإعلان المنشور على الصفحة رقم ٨٠٥ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٣٢١ بتاريخ ١٩٨٥/٦/١م، ثم صدرت تعليمات نقل أعضاء جسم الإنسان لسنة ١٩٩٩م، والمنشورة على الصفحة ١٦٥١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٣٤٦ بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢م، الصادر بموجب قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧م وتعديلاته، وقد وضع المشرع الأردني في هذه التعليمات بيان التجهيزات المطلوبة وغيرها، وبذلك أصبح لدى الأردن قانون قائم ومحدد يشرح ويحكم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وضوابطها.

(٤) التشريع السوري:

أصدر المشرع السوري القانون رقم ٣١ بتاريخ ١٩٧٢/٨/٢٣م والمسمى (قانون نقل وغرس أعضاء جسم الإنسان)[٣] وقد أجاز المشرع السوري بموجب هذا القانون نقل وزرع الأعضاء البشرية حيث نص في المادة الأولى منه على:

"يجوز لرؤساء الأقسام في المشافي والمؤسسات الطبية التي تحددها وزارة الصحة نقل أي عضو ما وأحشاء أو جزء منها كالعين والكلية... وغرسه أو تصنيفه لمريض آخر يحتاج إليه".

---

(١) حيث نصت المادة الأولى منه "ويسمى هذا القانون قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان لسنة ١٩٧٧م ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية" ونشر على الصفحة رقم ١٣٢٠ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٧٠٣ بتاريخ ١٩٧٧/٦/١م.

(٢) حيث نصت المادة الأولى (يسمى هذا القانون قانون معدل لقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان لسنة ١٩٨٠م ويقرأ مع القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧م المشار إليه فيما بعد بالقانون الأصلي كقانون واحد ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية).

(٣) منشور بالجريدة الرسمية عدد ٣٦ بتاريخ ١٩٧٢/٩/١٢م.

ثم أصدر المشرع السوري القانون رقم ٤٣ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٢٥م[١] لتعديل بعض أحكام قانون نقل وغرس أعضاء جسم الإنسان رقم ٣١ لسنة ١٩٧٢م السابق ذكره حتى يصل إلى الهدف المنشود من تنظيم عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وبما يخدم مصلحة الفرد ويتمشى مع التقدم الطبي في مجال غرس وزراعة الأعضاء.

(٥) التشريع الكويتي

قام المشرع الكويتي بإصدار المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧م[٢] في شان زراعة الأعضاء والذي نص في المادة الأولى منه على أنه:

"يجوز إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفى، وزرعها في جسم شخص حي آخر بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة للمحافظة على حياته، وذلك وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون".

وبذلك يكون المشرع الكويتي قد انضم إلى التشريعات العربية التي نظمت وإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وفقًا لضوابط محددة في هذا الشأن.

(٦) التشريع العراقي

وقد سار المشرع العراقي في ركب التشريعات العربية بالنسبة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، فبدأ بإصدار قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠م، ثم قانون عمليات زرع الكلى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١م والذي حل محله بعد ذلك قانون زرع الأعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦م.

وبذلك يكون المشرع العراقي قد وضع ضوابط تحكم وتنظم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من خلال تنظيم الأحكام المتعلقة بها بقواعد قانونية محددة، وهو بذلك يكون قد سار مع الركب وتمشى مع التطور الطبي الذي واكبه تطور قانوني.

---

(١) منشور بالجريدة الرسمية رقم ٥١ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٣١م صفحة رقم ١٩٦٥.

(٢) وكان المشرع الكويتي قد قام بإصدار القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ المنظم لعمليات زراعة الكلى للمريض قبل ذلك ثم أصدر هذا التشريع ليشمل بقية الأعضاء الأخرى كالكبد.

ثانيًا ـ التشريعات الأجنبية

لقد كان للتشريعات الأجنبية نصيب وافر في إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وذلك تحقيقًا لمصلحة الفرد، فبالرغم من أن كافة التشريعات تعمل جادة على إضفاء أكبر قدر من الحماية الجنائية على سلامة الجسم[(١)]، وتجرم المساس به، حتى ولو كان من قبل الأطباء إلا من أجل المصلحة العلاجية لتنمية السلامة الجسدية.[(٢)]

وهو ما حدا ببعض هذه التشريعات إلى التنازل عن هذه الحماية المقررة للجسد البشري دون إخلال بمبدأ معصومية الجسد، ولكن من أجل المحافظة على إنقاذ حياة شخص آخر في خطر محدق وبذلك تكون قد أضفت المشروعية على هذا العمل، ومن هذه التشريعات:

التشريع الفرنسي

أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ١١٨١ — ٧٦ — في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م[(٣)] وكذلك المرسوم رقم ٥٠١ — ٧٨ في ٣١ مارس ١٩٧٨م وقد جاءت معانيها قاطعة الدلالة على مشروعية نقل وزراعة الأعضاء فيما بين الأحياء، وقد نص المشرع في المادة الأولى من القانون الصادر في ١٩٧٦م على أن:

١- زرع الأعضاء لا يكون إلا بقصد العلاج، ولا يجري القطع إلا على شخص حي رشيد، ومتمتع بقواه العقلية، برضائه الحر الصريح.

٢- وإذا كان المعطي قاصرًا فالقطع لا يمكن أن ينفذ إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيق أو شقيقة المستقبل، وفي هذه الحالة لا يجري القطع إلا برضاء ممثله الشرعي، وبعد موافقة اللجنة المنصوص عليها والمؤلفة من ثلاثة خبراء على الأقل، بالإضافة إلى

---

(١) لقد أخضع القانون، من خلال تطبيقه مبدأ حرمة الجسم، شرعية الاعتداء على تكامل جسم الإنسان إلى شرطين: الضرورة العلاجية للشخص الذي سيقع الاعتداء عليه، والموافقة المسبقة والواضحة لصاحب الشأن.
انظر: J – P. DUPART : البحث عن حماية دستورية لجسم الإنسان، القرار الدستوري رقم ٩٤ — ٣٤٣ — ٣٤٤ تاريخ ٢٧ تموز ١٩٩٤م Les Petittes Affiches؛ ١٤ كانون الأول ١٩٩٤م، العدد ١٤٩، صـ٣٨، مشار إليه: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ٥٢.

(٢) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/ محمد زين العابدين طاهر، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون أسيوط ١٩٨٦م صـ٨٩.

(٣) J.O. 23 déc 1976، p. 7365.

طبيبين مارسا المهنة لمدة عشرين سنة، ولهذه اللجنة إعلان رأيها بعد فحص كل النتائج المحتملة للقطع سواء من الناحيتين التشريحية والنفسية، وإذا رفض القاصر ذلك فيجب الأخذ برأيه والاعتداد به.(١)

وفي المرسوم الصادر في ٣١ مارس ١٩٧٨م بين المشرع كيفية إجراء نقل الأعضاء من الشخص الحي لشخص آخر حي، حيث نصت المادة الأولى من الفصل الأول الخاص بإجراء القطع من المعطي الرشيد بضرورة إعلامه بكافة المخاطر المحتملة والآثار المترتبة على القطع.(٢)

ثم صدر المرسوم رقم ٨٤٤ — ٩٠ بتاريخ ٢٤ سبتمبر ١٩٩٠م ليعدل المرسوم السابق، وذلك بهدف تيسير عمليات نقل الأعضاء وزراعتها ولا أدل على ذلك مما تضمنه هذا المرسوم فيما يتعلق بإجراءات الترخيص لزرع الأعضاء فحتى عام ١٩٩٠م كان إعطاء الترخيص للمؤسسات الصحية لإجراء الاقتطاع يتم من قبل وزير الصحة بعد الحصول على رأي اللجنة الوطنية ولكن بصدور مرسوم ١٩٩٠م لم يعد القرار مركزيًا، وأصبح يمنح الترخيص من قبل والي الإقليم بعد الحصول على رأي اللجنة الإقليمية.(٣)

وصدر قانون ٢٩ تموز ١٩٩٤م(٤) والذي أرسى مبدأ مجانية التبرع حيث نص على أنه:

"لا يمكن أبدًا منح أي أجر مهما كان شكله، للشخص الذي يوافق على اقتطاع أحد عناصر جسمه أو على جميع منتوجاته".(٥)

---

(١) أحكام العمليات الجراحية "دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي"، د / رأفت محمد حماد، دار النهضة العربية، بدون طبعة، صـ٧٦، هامش ٢، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء — د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٩٠.

(٢) مسئولية الأطباء الجنائية، د / أسامة قايد، دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٣م، صـ٤٠١.

(٣) (المادة الثانية من مرسوم ٢٤ أيلول ١٩٩٠م) انظر : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ١٠٢.

(٤) القانون رقم ٦٥٤ — ٩٤ بتاريخ ٢٩ تموز ١٩٩٤م.

(٥) المادة ل ١٣ — ٦٦٦ من القانون ٦٥٤ — ٩٤.

كما طالب هذا القانون بحصر اقتطاع الأعضاء بشكل عام على المؤسسات الصحية المرخصة لممارسة هذا النشاط[1] مع تحديد الترخيص الممنوح لها لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد.

وذلك لأن إجراءات الترخيص من الناحية العملية، لم تحترم دائمًا بسبب التطور الحالي لاقتطاع الأعضاء المتعددة والذي حرّض بعض المؤسسات الصحية المرخصة لاقتطاع عضو واحد إلى اقتطاع أعضاء متعددة بدون أن تعدل ترخيصها السابق.[2]

ولم يقتصر الأمر على التشريع الفرنسي بل إن هناك من التشريعات الأجنبية الكثير الذي عنى بتنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء تمشيًا مع التطور الطبي، ولا أدل على ذلك من أن المشرع الإيطالي وعلى الرغم من أنه كان ينص في المادة الخامسة من القانون المدني على:

"أن أعمال تصرف الإنسان في جسده تكون محظورة حين تسبب نقصًا دائمًا في سلامة البدن، أو حين تكون لوجه آخر متنافية مع القانون أو النظام العام والآداب".

قد تراجع عن هذا المسلك وأباح نقل وزراعة الأعضاء في القانون رقم ٤٥٨ الصادر في ٢٦ يونيه ١٩٦٧م حيث نص صراحة على إباحة نقل كلية من شخص سليم لآخر مريض.[3]

وبذلك يكون قد انضم إلى جملة التشريعات التي أباحت ونظمت عمليات زراعة الأعضاء كما شارك المشرع الدانمركي بالتشريع الصادر في ١٩٦٧/٦/٦م بالمرسوم الصادر في تشيكوسلوفاكيا في عام ١٩٦٦م تنفيذًا للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٦م الخاص بتقديم العلاج والوقاية، حيث نص في المادة (٤٧) من هذا المرسوم على أنه:

---

(١) المادة ل ١٢ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة.

(٢) Rapport، I.G.A.S، Précité، 1992، p. 11.

(٣) راجع :
- المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية — د/ حسام الأهواني، صـ١٣١.
- الوجيز في قانون العقوبات د/ سامح السيد جاد، طبعة ١٩٨٠م، صـ١٤٠.
- نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء د/ محمد زين العابدين طاهر، مرجع سابق، صـ٨٩.

"لا يمكن قبول هبة عضو من الجسم إلا إذا قررت لجنة من الخبراء أن زرع العضو في المريض يؤدي إلى نجاح الجراحة، وأن المزايا التي ستعود على المريض من الجراحة تتعدى من الناحية الاجتماعية الضرر الذي يصاب به المتبرع".[1]

ومما لا شك فيه أن هذه التشريعات، حينما أباحت عمليات نقل وزراعة الأعضاء فيما بين الأحياء أقرت الضمانات الواجب مراعاتها إزاء هذه العمليات سواء كانت ضمانات طبية أم ضمانات قانونية.[2]

(١) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، صـ٥٧ وهامشها.
(٢) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٩١.

المطلب الثاني

موقف المشرع المصرى والفقه القانونى

من مشروعية زراعة الكبد

أولاً: موقف المشرع المصري من مشروعية زراعة الكبد

بالنظر في التشريع المصري، نجد أن المشرع المصري لم يُصدر حتى الآن تشريعاً صريحاً وواضحاً بشأن عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بصفة عامه، والكبد بصفة خاصة، على النحو الذي سارت عليه كثير من الدول العربية والأجنبية الأخرى.[1]

وهو بذلك يعد متخلفًا عن ركب التطور القانوني الذي عم جميع الدول العربية تقريبًا، والحقيقة أن هذا الأمر يثير أكثر من علامة استفهام حول هذا السكوت غير المبرر من جانب المشرع المصري في قضية تعتبر في الوقت الحالي من أهم القضايا التي تتصدى لها غالبية الدول ليس من أجل سن تشريع ينظمها، وإنما من أجل تعديل التشريع الموجود ليتلائم مع المستجدات التي لحقت بهذا المجال.

وباستقراء القوانين المصرية للبحث عن بعض القوانين التي يمكن أن يقاس عليها، لتكون مبررًا وسببًا للقول بإباحة نقل وزراعة الأعضاء ومنها الكبد، في ظل عدم وجود قانون صريح وقاطع الدلالة في هذه المسألة، نجد أن هناك بعض القوانين التي تناولت بعض أعضاء الجسم كالقانون المنظم لعملية نقل الدم وعملية نقل العيون، ولذا فسوف نتناول هذه القوانين بالإيضاح لمعرفة مدى صلاحيتها لتكون سندًا قانونيًا ومسوغًا لقياس باقي الأعضاء عليها.

(أ) القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠م الخاص بتنظيم نقل الدم:[2]

نظم هذا القانون عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته في مصر، وقد صدر تنفيذًا له، قرار وزير الصحة رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٠م[3].

---

(١) راجع المطلب السابق، صـ٤٤ وما بعدها.

(٢) صدر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ بتاريخ ٥ يونيه ١٩٦٠م والخاص بتنظيم وتوزيع الدم ومركباتـه، انظر النشرة التشريعية عدد يونيه ١٩٦٠م صـ١٧٧٠، والجريدة الرسمية في ١٢ يونيه ١٩٦٠م العدد ١٣٠.

(٣) صدر قرار وزير الصحة رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٠م لتقسيم المتطوعين بالدم إلى متطوعين بالمجان وتصرف لهم مكافأة على التطوع، ومتطوعين مجانًا وتمنح لهم هدية، على أن يعطى المتطوع وجبة خفيفة وبعض المقويات، وقد صدر هذا القرار الوزارة في ٢٩ مارس ١٩٦٠م في النشرة التشريعية في ١٠ أبريل ١٩٦٠ صـ١٠١٥.

وقد أجاز القانون المذكور لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي.(١)

ويعتبر هذا القانون هو حجر الزاوية، والركن الأساسي في كل ما يتصل بعمليات نقل الدم البشري في كافة التشريعات المصرية اللاحقة.(٢)

كما أن المشرع المصري لم يستقل وحده بإصدار التشريعات اللازمة لإتمام عمليات نقل الدم في ظل الشرعية القانونية المنظمة لذلك بل إن معظم دول العالم إذ لم تكن جميعها قد أصدرت قوانيناً أو قرارات تسمح بإجراء عمليات نقل الدم(٣) في كل منها على حده ضمن شروط أو قواعد تتفاوت من دولة إلى أخرى، لأن نقل الدم تيسرت سبله الآمنة واشتدت الحاجة إليه.(٤)

ونظرًا لأن نقل الدم يعتبر من قبيل نقل عنصر من عناصر الجسم(٥)، بل إن الدم بكل المقاييس عضوٌ من أعضاء الجسم، وإن كان عضوًا سائلاً دائم الدوران في الجسم الحي.(٦) فقد ذهب البعض(٧) إلى القول بأن المشرع يبيح بذلك التصرف في جزء من الجسم قياسًا على الدم.

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٥٩.

(٢) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٢٢.

(٣) ومن الدول التي سارعت باستصدار قانون لتنظيم عمليات نقل الدم فرنسا، فقد صدر فيها قانون ٢١ يوليو ١٩٥٢م لتنظيم عمليات نقل الدم بصورة موضوعية.

(J.O. 22 Juill, 1952, D 269).

انظر :

L. 666 ets du code de La Sante Publique.

ثم صدر قانون ٢٠ أغسطس لسنة ١٩٦١م ونشر في الجريدة الرسمية : (J.O. ٣٠ Aout, ١٩٦١).

مشار إليه في: القانون الجنائي والطب الحديث" د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٥٩ هامش (١)، وأحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي صـ١٢٣ هامش (٢).

(٤) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٢٢.

(٥) Savatier : "La greffe hamaine, problème juridique, Cahier Laennec, 1956, No. 1.

(٦) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، الطبعة الأولى، دار القلم — دمشق، الدار الشامية — بيروت ١٤١٤هـ ١٩٩٤م، صـ١٢٣.

(٧) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ١٣٨.

وهذا الرأي محل نظر لأن الدم يختلف عن باقي أعضاء الجسم من حيث طبيعته حيث إنه عضو سائل، وهو من العناصر التي تتجدد تلقائيًا في الجسم بحيث لا يترتب على نقل جزء منه إصابة الجسم بضرر جسيم.[١]

(ب) القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م المنظم لنقل العيون:[٢]

وقد صدر أول تنظيم تشريعي لمسألة الاحتفاظ بالعيون والاستفادة منها بمقتضى القانون رقم (٢٧٤) لسنة ١٩٥٩م. وقد نص هذا القانون في المادة الثانية (أ) منه على أن:

"بنك العيون يتلقى رصيده عن طريق عيون الأحياء الذين (يوصون) أن (يتبرعوا بها)".

والحقيقة أن هذا النص متناقض حيث إنه جمع بين الوصية والتبرع، فهو على حد زعم البعض سيء الصياغة[٣] ولكنه مع سوء ورداءة صياغته يفيد مع ذلك أن المشرع لم يكن يسمح للأفراد بالتبرع بعيونهم أثناء حياتهم لأنه يقول من يوصي بالتبرع وليس من يتبرع.[٤]

فالأمر إذن يقتصر على الوصية، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وإذا كان النص قد أضاف وصف التبرع فإنه أراد بذلك أن يؤكد أن الوصية تكون بدون مقابل مالي.[٥]

وقد أُلغى هذا القانون بصدور القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م[٦]، والذي نصت المادة الثانية منه على أن: "بنك العيون يتلقى رصيده من مصدرين:

---

(١) انظر: الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد شرف الدين، المجلة الجنائية القومية، مارس ١٩٧٨م، العدد الأول، المجلد الحادي والعشرين، صـ٣٤، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٠.

(٢) منشور بالجريدة الرسمية في ١٦ يونيه ١٩٦٢م العدد (١٣٥).

(٣) معصومية الجسد، بحث في المشكلات القانونية للمساس بالجسد، د/ حمدي عبد الرحمن، ط ١٩٧٩م، جامعة عين شمس، صـ١٠٦.

(٤) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني صـ٦٥.

(٥) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٠.

(٦) وقد تم تعديل هذا القانون بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٣م (الجريدة الرسمية السنة ٤٩ العدد ٢٣ مكرر في ٢٠٠٣/٦/٨م) وجاء التعديل على النحو التالي:

مادة أولى : تضاف كلمة "قرنيات" قبل كلمتي "العيون" و "عيون" أينما وردتا في القرار بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م في شأن تنظيم بنك العيون.

#

(أ) عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها.

(ب) عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيًا.

فقد أباح هذا القانون في الفقرة الثانية التصرف في عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها لعدم صلاحيتها طبيًا[١]، فالفرض هنا أن هذه العيون رغم وجوب استئصالها، مازالت تحتفظ ببعض الأجزاء السليمة التي يمكن استخدامها لإجراء عمليات ترقيع القرنية لمصلحة أشخاص آخرين.[٢]

أما بالنسبة للفقرة الأولى التي تتحدث عن عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها، فقد ثار بصددها خلاف في الفقه القانوني وهو مناط البحث في السطور القادمة بإذن الله تعالى.

ثانيًا: موقف الفقه القانوني من مشروعية زراعة الأعضاء

انقسم الفقه القانوني حول مسألة زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء وذلك تبعًا لاختلافهم حول مفهوم الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، ومدى امتداد هذا القانون على سائر عمليات زرع الأعضاء بين الأحياء.

فذهب اتجاه إلى جواز امتداد هذا القانون لعملية زرع سائر الأعضاء الأخرى[٣] بينما يرى البعض عكس ذلك ويقرر رفض هذا الاتجاه[٤] ومن أجل الوصول إلى الحكم القانوني الصحيح لهذه المسألة فإن ذلك يستدعي إلقاء الضوء على كلا الاتجاهين للوقوف على الصواب منهما.

مادة ثانية : يستبدل بنص المادة (٢) من القرار المشار إليه النص الآتي:
قرنيات عيون الأشخاص الذين يوافقون موافقة كتابية على نقلها بعد وفاتهم بغير مقابل.
قرنيات عيون قتلى الحوادث التي تأمر النيابة العامة بإجراء الصفة التشريحية لهم.
قرنيات عيون الموتى بالمستشفيات والمعاهد والمراكز المشار إليها في المادة الأولى الذين يجمع ثلاثة من الأطباء رؤساء الأقسام على نقلها وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية.

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦١.

(٢) الحقوق والمراكز القانونية، د/ حمدي عبد الرحمن، ط ١٩٧٥، ١٩٧٦م، دار الفكر العربي، صـ٤٩.

(٣) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ٦٣ وما بعدها، حيث حمل عبارة (أو يتبرعون بها) الواردة في الفقرة الأولى على أنها تبيح التبرع حال الحياة.

(٤) معصومية الجسد، بحث في المشكلات القانونية للمساس بالجسد، د/ حمدي عبد الرحمن صـ١٠٦، ١١١، زراعة الأعضاء والقانون، د/ أحمد شرف الدين صـ١٦٩، مجلة الحقوق الشرعية، يونيه ١٩٧٧م، أحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد، صـ٧٤:

أولاً: الاتجاه الأول القائل بجواز عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية

مضمون الاتجاه:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه[(١)] إلى جواز التبرع بعضو من الأعضاء حال الحياة على أساس أن الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م تستخدم تعبير (يوصون أو يتبرعون بها)، والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، أي أنها تعتبر من التصرفات التبرعية التي تنعقد بإرادة الموصي المنفردة، وبالتالي يجوز استئصال العيون بعد الوفاة إذا كان المتوفى قد سبق وأوصى بذلك.[(٢)]

أما الهبة فهي تصرف تبرعي حال الحياة وقد قصد المشرع الهبة حين أضاف تعبير (أو يتبرعون بها) بعد أن عالج الوصية، وعلى ذلك فلا يمكن – عند هذا الرأي – تفسير عبارة التبرع تفسيرًا قانونيًا إلا بإباحة التبرع بالعين حال الحياة.[(٣)]

حجج وأسانيد هذا الاتجاه:

يستند أصحاب هذا الاتجاه القائل بجواز نقل وزراعة الأعضاء البشرية إلى مجموعة من الحجج يمكن إجمالها فيما يلي:

١– القياس على الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م:

حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن سبب الإباحة الوارد في القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م يمكن أن يمتد حكمه إلى جميع حالات التنازل عن أجزاء من الجسم للغير.[(٤)]

لأن الحكمة من السماح للعين تتوافر بالنسبة للزرع لبقية الأعضاء، حيث إن العين من أهم أجزاء الجسم، فإذا كان المشرع يسمح باستئصالها فإنه من باب أولى يسمح باستئصال الأعضاء الأخرى ولهذا يرى البعض[(٥)] أنه يجوز استئصال عضو من شخص لزرعه في شخص آخر لوجود الحكمة من ذلك، وهي المصلحة الإنسانية المؤكدة التي تعود على الغير من استبدال العضو التالف بالعضو الصالح.[(٦)]

---

(١) وعلى رأس القائلين بذلك : أ.د / حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، صـ٦٣.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦١.

(٣) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ٦٤، ٦٦.

(٤) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م ، دار النهضة العربية، صـ٤٠.

(٥) رأي أ.د / حسام الأهواني، مرجع سابق، صـ٨٠، ٨٣.

(٦) زرع الأعضاء بين الخطر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ٤٠.

ويقرر هذا الرأي أن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م يُقيم سببًا للإباحة[١] على أساس استعمال الحق، وذلك استنادًا إلى نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات التي تنص على أنه "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل من ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة"[٢].

ولذا فإنه لا يجوز القول بأن هذا النص استثنائي، ولا يجوز القياس عليه، وذلك لأن أسباب الإباحة لا تعتبر من قبيل الاستثناءات، لأن القياس المحرم في القانون هو القياس الذي يخلق جريمة، أو عقوبة[٣]، وبالتالي فإن حكم هذا النص يمتد إلى جميع حالات التنازل عن الأعضاء البشرية للغير[٤]، لأن القياس يسمح به كوسيلة للتفسير[٥] بالنسبة للنصوص التي تتكلم عن أسباب الإباحة.[٦]

(١) مشروعية عمل الطبيب

ويقر أصحاب هذا الاتجاه بأن العلاج عن طريق الزرع لا يمكن السماح به إلا إذا لم يكن هناك وسيلة علاجية أخرى، وبالتالي فإن القانون يعطي الطبيب الحق في الزرع.[٧]

---

(١) وبالتالي يجوز القياس عليه حيث إنه يحظر القياس على من يفسر نص التجريم فليس له أن يقيس فعلاً لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه، فيقرر للأول عقوبة الثاني محتجًا بتشابه الفعلية أو يكون العقاب على الثاني يحقق نفس المصلحة التي يحققها العقاب على الأول.
وقد قرر ذات المبدأ مؤتمر باريس الدولي للقانون الجنائي الذي انعقد من ٢٦ إلى ٣١ يوليه ١٩٣٧م، فقرر المؤتمر أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهو ضمان أساسي لحقوق الأفراد ينتج عنه حتمًا استبعاد القياس في تفسير النصوص الجنائية، مشار إليه في : شرح قانون العقوبات القسم العام، د/ محمود نجيب حسني، ط٥ ١٩٨٢م ف٨١ صـ٩٤ هامش (٣)، وزرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد صـ٤١ هامش (٢)، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٦٢، ٦٣.
كما قررت محكمة النقض المصرية (أن المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي، وعدم الأخذ فيه بطريق القياس).
انظر : محكمة النقض المصرية — الدائرة الجنائية — ١٩٤١/٥/١٩م مجموعة القواعد القانونية جـ٥ رقم ٥٩، صـ٤٧١، و١٩٥٦/٣/٢٠م مجموعة أحكام النقض — الدائرة الجنائية س٧، رقم ١٢٢ صـ٤٢٢، و١٩٧٥/١١/٢٣م، نفس المجموعة س٢٦ رقم ١٥٩ صـ٧١٨، و١٩٧٨/١٠/١٦م س٢٩ رقم ١٣٧ صـ٦٩٥.
(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٢، هامش (٢).
(٣) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ٤١.
(٤) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٦.
(٥) وأنه لا تعارض البتة بين مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والتفسير الواسع للنصوص الجنائية طالما أن هذا التفسير يطابق قصد الشارع إذ إن التفسير الضيق يجعل القانون عاجزًا عن مواجهة الظروف الجديدة، ومن ثم يجب ألا يكون للمفسر هدف سوى الكشف عن قصد الشارع من ألفاظ النص فإن اقتنع بأن ما يقول به يطابق ذلك القصد فلا أهمية بعد ذلك لكون هذا التفسير قد جاء ضيقا أو واسعًا إذ كل القيمة القانونية للنص منحصرة في كونه تعبيرًا عن قصد الشارع، انظر تفصيل ذلك: "شرح قانون العقوبات د/ محمد نجيب حسني، مرجع سابق، ف٨١، صـ٩٢ وما بعدها. مشار إليه في زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد صـ٤٢، ٤٣، هامش (١).
(٦) انظر في تفصيل ذلك وجواز القياس بالنسبة للنصوص التي تتكلم عن أسباب الإباحة: شرح قانون العقوبات القسم العام، د/ محمود محمود مصطفى، ط الثانية ١٩٦٩م، صـ٧٣ وما بعدها، والقاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، ط١٩٧٠م، ف١٣٢، صـ٣٨٦ وما بعدها. الناشر الشركة الشرقية للنشر والتوزيع بيروت، وقانون العقوبات، القسم العام، د/ مأمون محمد سلامة، ط٤، ١٩٤٠م، دار الفكر العربي، فـ٨، صـ٤٧ وما بعدها.
(٧) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ٧٨، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، الطبعة الثانية، ١٩٨٧م، صـ٢١.

ومؤدى ذلك أن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م جاء بقاعدة سلبية تجرد من وصف الجريمة استئصال عين من أجل المصلحة الإنسانية للغير، وذلك عن طريق إعطائها لبنك العيون[١]، وبالتالي لا يعتبر استئصال الطبيب لعضو من جسم الشخص المتنازل من قبيل الخطأ، لأن الطبيب يستعمل حقًا مشروعًا خوله له القانون، فمن يستعمل حقًا يقوم بعمل مشروع.[٢]

(٢) نص المادة ٤٣ من الدستور

حيث قررت المادة ٤٣ من الدستور "جواز إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان بشرط الحصول على موافقته"، وإذا كان الدستور قد أجاز ذلك على جسم الإنسان بشرط الحصول على موافقته، والتجارب مصلحة احتمالية، أما الزرع فمصلحة مؤكدة — من الناحية العلمية — ولهذا لا مانع من إباحتها بل يكون ذلك من باب أولى.[٣]

(٣) الضرورة العلاجية[٤]

يرى البعض[١] أن حالة الضرورة[٢] هي أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وأنه متى توافرت شروطها فيجوز استئصال جزء من جسد شخص

---

(١) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ٤٤.
(٢) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني صـ٨٦.
(٣) المرجع السابق صـ٦٧ ، ونفس المعنى القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٦٢، وزرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ محمود سعد، صـ٤٤.
(٤) الضرورة بمفهومها القانوني تعني : أن يجد الإنسان نفسه أو غيره محاطاً بضرر جسيم على وشك الوقوع فلا يرى سبيلا للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة، أو هي حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع، ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكابه فعل محظور طبقًا لأحكام قانون العقوبات، ينظر:
قانون العقوبات ، القسم العام د/عوض محمد ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٨٥م ، رقم ٣٧٨، ص٤٩٧، وشرح قانون العقوبات ، القسم العام، د/ محمود مصطفى، الطبعة التاسعة، ١٩٧٤م رقم ٣٢٨، ص٤٧٧، وقانون العقوبات ، القسم العام د/ محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية ١٩٨٢م ، رقم ٦١٠، ص٥٤٤، وقانون العقوبات — القسم العام — د/ مأمون سلامة : ١٩٧٩، دار الفكر العربي، ص٣٩، وشرح القواعد العامة لقواعد العقوبات ، الجريمة والمسئولية، د/ عبد الرءوف مهدي ، ط ١٩٨٣م ، ص٥٠١.
كما عرف الأستاذ Savatier حالة الضرورة بأنها: حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضررًا أكبر محدقًا به أو بغيره أن يسبب ضررًا أقل للغير.
Savatier (R.) : Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains. J.C.P. 1969. 2247. cf. ABOAF : L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle, thèse، Paris، 1941، p. 50 et s.
مشار إليه في: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عايد ديات، صـ٦٧، والموسوعة القانونية في المهن الطبية، المستشار/ عدلي خليل، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م، دار النهضة العربية، صـ٧٨.

سليم لزرعه في جسد مريض، محتاج إليه لإنقاذ حياته من الموت المحقق، وبالتالي فلا مسئولية على الطبيب(1) لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية.(2)

فأساس القول بإباحة زرع الأعضاء في نظر أصحاب هذا الاتجاه يكمن في حالة الضرورة، والتي تجعل التنازل عن عضو من أعضاء الجسم مشروعًا، طالما أن الزرع هو الوسيلة العلاجية الوحيدة.(3)

وبالتالي فإن الضرر الذي يمكن أن يعود على الإنسان من استقطاع جزء من جسده يمكن تذليله بالاستناد إلى حالة الضرورة ذاتها، التي يوجد من بين مقوماتها أمر يكفل عدم حدوث هذا الضرر، أو إمكان تحمله لأنه يسير.(4)

هذا الحكم قاعدة "الضرورة لا تعرف قانون" "not kennt keingebot" وقد انتقلت هذه القاعدة بعد ذلك إلى فرنسا عبر عنها بالقول "الضرورة لا يحكمها قانون" وقد اعترف فقهاء العصور الوسطى بحالة الضرورة، وكانت أهم تطبيقاتها حالات السرقة في سنوات القحط والمجاعة، واستندوا في تعليلها إلى نوع من شيوع الأموال بين الناس في هذه الظروف الاستثنائية .

انظر تفصيل ذلك : الأحكام العامة في قانون العقوبات ، د/ السعيد مصطفى السعيد ط ١٩٦٢م صـ ٤٤٥ ، وشرح قانون العقوبات القسم العام ،د/ محمود محمود مصطفى ، ط ١٩٦٤م صـ٤٧٦ ، مشار إليه في: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، د/ أحمد محمود سعد صـ ٦٠ ، ٦١.

(١) وقد أختلف في أساس انعدام مسئولية الطبيب الذي يجري عمليات نقل وزرع الأعضاء في حالة الضرورة، فذهب البعض إلى: أن أساس ذلك هو وقوع الطبيب تحت تأثير إكراه معنوي Contrainte morale – نشأ عن حالة الضرورة – دفعه إلى ارتكاب جريمة معاقبًا عليها إنقاذًا لحياة مريض مهدد بالموت، غير أن هذا الرأي لا يخلو من النقد، لأن انطباق حكم الإكراه المعنوي يفترض أن يكون هناك خطر جسيم حال بالنفس لا يد للمكره في حلوله ولا قبل له بدفعه بوسيلة أخرى، وبالتالي فالطبيب في هذه الحالة لم يكن واقعاً تحت تأثير إكراه معنوي، لأنه لم يتعرض شخصياً لخطر جسيم، إلى جانب تمتعه بكامل حريته واختياره، راجع في ذلك:
القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، د/ علي راشد، الطبعة الثانية، ١٩٧٤م، دار النهضة العربية، صـ٣٤٥، وحالة الضرورة في قانون العقوبات، د/ إبراهيم زكي أخنوخ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة، ١٩٦٩م، بند رقم ٥٣، صـ٨٩، وما بعدها.
وذهب البعض الآخر إلى: أن أساس ذلك هو انتفاء القصد الجنائي لوجود غرض علاجي وإنساني، حيث إن الطبيب يجري عملية الزرع في ظروف ضرورية قصوى، وقد أجيب على هذا الرأي بأن الطبيب الذي يجري عملية نقل وزراعة الأعضاء ، إنما يخالف قواعد قانون العقوبات التي تجرم أفعال الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، كما أن شرف الباعث لا علاقة له بتكوين القصد الجنائي الذي يقوم على إرادة تحقق الواقعة الإجرامية، بغض النظر عن البواعث –شريفة كانت أم دنيئة– المحركة للسلوك، راجع في ذلك: قانون العقوبات، القسم العام، د/ مأمون سلامة، صـ٣١٠ ، استعمال الحق كسبب للإباحة، د/ عثمان سعيد عثمان، صـ٣١٢.

(4) Charaf El-Dine (A.): "Droit de le transplantation d،organs، etude comparative" these paris، 1975.، No. 68، p. 44.

(٣) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني صـ٥٩، ٦٠.

(٤) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد صـ٥٤، وينظر نفس المعنى: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، ف٤٩، صـ١٠٦.

وتقوم حالة الضرورة عند أصحاب هذا الاتجاه على المقارنة والموازنة بين المخاطر المراد تفاديها، والأضرار التي وقعت بالفعل[1].

وبالتالي فإنه على الطبيب – في مجال زرع الأعضاء – أن يقوم بعمل الموازنة بين المخاطر والمزايا بالنسبة للشخص المريض، والمعطي السليم، فيقارن بين المخاطر التي يتعرض لها كل من المريض والسليم من جهة، والمزايا التي يُحتمل أن يستفيد منها المريض من جهة أخرى.[2]

٥- المصلحة الاجتماعية[3]

ذهب فريق من الفقه إلى أن أساس مشروعية نقل وزرع الأعضاء يقوم على فكرة المصلحة الاجتماعية[4].

فالحق في سلامة الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل فرد من أجل أن تؤدي أعضاء جسمه وظائفها أداءً طبيعيًا، وأن يحتفظ بسلامة جسمه، وأن يتحرر من الآلام البدنية، وكل اعتداء يحول دون السير العادي والطبيعي لإحدى وظائف الجسم هو مساس بالحق في سلامة الجسم يجرمه القانون، لأن الشخص له مصلحة شخصية ومباشرة في سلامة جسده، ومن ثم كان لهذا الحق جانبه الفردي، ولكنه ليس الجانب الوحيد فيه، فللحق في سلامة الجسم جانب اجتماعي آخر، بمعنى أن هناك عدد من المزايا التي يتضمنها هذا الحق للمجتمع، فلا يستطيع الفرد أن يحرم المجتمع منها إذ هو غير ذي صفة في ذلك.

والصفة الاجتماعية للحق في سلامة الجسم لا تجرده من أصله الفردي، إذ إن الفرد صاحب مصلحة مباشرة في سلامة جسمه، فيهمه كل المزايا المرتبطة بهذه السلامة

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٣٥.

(٢) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الدين الأهواني، بند رقم ٣٤ صـ٤٨.

(٣) المصلحة لغة: مصدر بمعنى الصلاح، والمصلحة مفرد المصالح، والصلاح ضد الفساد، وأصلحه عكس أفسده، والاستصلاح نقيض الاستفساد، انظر: لسان العرب ، لابن منظور، جـ٢، صـ٥١٦، ٥١٧، مادة صلح، والقاموس المحيط، جـ١ ، صـ٢٣٥.

واصطلاحاً: هي ما يتحقق بها نفع أو ما يدفع بها ضرر، ينظر: الطالب في المقارنة بين المذاهب، د/ عبدالسميع إمام، الطبعة الأولى، ١٩٧٣م، مطبعة حسان، صـ٧٣.

(٤) القانون الجنائي والطب الحديث ، د/أحمد شوقي أبو خطوة ، صـ٤٣، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عايد ديات، صـ٨٠.

ويحرص على المحافظة عليها، كما أن المجتمع لا يعنيه من هذه المزايا إلا القدر الذي يمثل أهمية اجتماعية فحق المجتمع لا يعدو أن يكون حق ارتفاق على سلامة جسد أفراده.[1]

وبالتالي فكل اعتداء على الجسم البشري يؤدي إلى عدم القدرة على القيام بالوظيفة الاجتماعية يعد إهدارًا لارتفاق المجتمع، بغض النظر عن رضاء المجني عليه من عدمه، فالرضاء يتجرد من كل قيمته في الحدود التي يمس فيها الارتفاق الاجتماعي، فيظل حق المجتمع قائمًا، ويظل هذا الاعتداء بالتالي خاضعًا للتجريم.[2]

وعلى النقيض إذا تجاوزنا هذه الحدود فيتحرر الحق في سلامة الجسم من هذا الارتفاق، فلا يخضع فعل الاعتداء لتجريم القانون، إلا إذا كان بغير رضاء المجني عليه،[3] فإذا رضي به فقد تجرد هذا الفعل من الصفة غير المشروعة بفضل الإباحة المترتبة على الرضاء[4] لأنه لا يتصور نزول الشخص عن شيء يجهله[5]، ففي هذه الحالة يكون لرضاء المجني عليه أثره المبيح لأن الفعل لا ينقص بأي حال من الأحوال من قدرته على أداء الأعمال ذات القيمة الاجتماعية، أي لا ينقص من صلاحيته لأداء وظيفته الاجتماعية[6].

---

(١) انظر تفصيلاً : الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، د/ محمود نجيب حسني ، مجلة القانون والاقتصاد، س٢٩، عام ١٩٥٩م، صـ٥٤٥ وما بعدها.

(٢) الحق في سلامة الجسم، د/ محمود نجيب حسني، صـ٥٤٨. ولنفس المؤلف : أسباب الإباحة في التشريعات العربية، ط ١٩٦٢،معهد الدراسات العربية القاهرة، صـ١١٦.

(٣) ينظر: الجريمة والمجرم والجزاء، د/ رمسيس بهنام، ط ٢، ١٩٧٦م، منشأة المعارف الإسكندرية، صـ٢٢٣.

(٤) فلا يستطيع الطبيب القيام بإجراء العمليات الجراحية بغير رضاء المجني عليه البالغ العاقل، فرضاء المجني عليه يعد سببًا لإباحة هذه العمليات، انظر: استعمال الحق كسبب للإباحة، د/ عثمان سعيد عثمان، رسالة دكتوراه، ١٩٦٨م، القاهرة، صـ٤٦١، وفي إطار التفرقة بين المساس بالجانب الفردي والجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم ، قضت محكمة نابولي الجزئية عام ١٩٣١م، ببراءة طبيب قام بإجراء عملية استئصال خصية من شاب برضائه مقابل مبلغ من المال، وزرعها في جسم رجل برازيلي، وقد ذكرت المحكمة في أسباب حكمها أن رضاء المجني عليه يبرر الاعتداء على سلامة جسمه، طالما أن هذا الاعتداء لا يؤدي إلى عجز المجني عليه عن القيام بوظيفته الاجتماعية، أو عن القيام بأعبائه العائلية، ونزع خصية من الخصيتين من أي رجل لا يحدث أي ضرر،فالطبيب الجراح الذي قام بإجراء عملية نزع الخصية من المعطي وزرعها في جسم الرجل البرازيلي قد أحدث جرحا بسيطا يمكن تبريره برضاء المجني عليه، وقد أيدت محكمة نابولي الاستئنافية هذا الحكم ، كما أيدته محكمة النقض الإيطالية ، مشار إليه في: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوه، صـ٤٨، هامش٢.

(٥) بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، أ.د/ لاشين محمد يونس الغاياتي، صـ١٦٧، فقرة رقم ٩٩، الناشر : مكتبة جامعة طنطا، الطبعة الأولى ١٩٨٦م .

(٦) القانون الجنائي والطب الحديث ، د/أحمد شوقي أبو خطوة ، صـ٤٦.

وإذا طبقنا معيار المصلحة الاجتماعية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، فإن هذه العمليات يجب أن تقاس من زاوية المنفعة التي تعود على المجتمع من نقل العضو من المعطي إلى المريض[١]، فالفرد يستطيع أن يتصرف في أي جزء من جسمه، طالما أن ذلك التصرف لم ينقص من صلاحية هذا الفرد لأداء جميع الأعمال ذات القيمة الاجتماعية، أي أنه لم يمس الوظيفة الاجتماعية للجسم[٢].

وعلى ذلك فإذا رضي المعطي باستئصال جزء من جسمه، فقد تجرد فعل الاستئصال من الصفة غير المشروعة بفضل الإباحة المترتبة على الرضا، أي أن رضاء المعطي يعتبر الأساس القانوني لمشروعية استئصال عضو منه[٣].

ويجب عند زرع الأعضاء أن يكون مجموع المنفعة التي تعود على المجتمع بعد الزرع أكبر من قبلها[٤]، ونخلص من ذلك إلى أنه إذا كانت المحصلة النهائية لاستئصال عضو من المعطي لزرعه في جسد المريض هي حماية مصلحة اجتماعية جديرة بالرعاية حين يستطيع كل من المعطي والمريض القيام بواجباتهم الاجتماعية، فإن المساس بالتكامل الجسدي للمعطي يكون مباحاً قانوناً، مع ما يحمله من مخاطر، محتملة ومحدودة، تستحق أن يتحملها المعطي باسم التضامن الاجتماعي والإنساني[٥].

---

(١) فيجب أن يكون مجموع المنفعة التي تعود على المجتمع من زرع الأعضاء أكبر من المنفعة التي تعود عليه من عدمه، فلو كانت المنفعة التي تعود على المجتمع من شخص سليم (١٠٠٪)، ولا تعود على المجتمع من المريض غير منفعة تقدر بـ (١٠٪)، فإنه يجب أن ينظر إلى مجموع المنفعة التي ستعود بعد العملية، فإذا كان النقص الذي يصيب منفعة المتنازل ضئيلا، بحيث تكون منفعته مثلا (٧٠٪)، ومنفعة المريض تزداد إلى (٦٠٪)، فإن مجموع المنفعة بعد العملية يكون أكبر من قبلها، ومن ثم فلا مساس بالجانب الاجتماعي للجسم على مستوى الشخصين، انظر: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الدين الأهواني، صـ٥٧، وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ٨٤.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث ، دأحمد شوقي أبو خطوة ، صـ٤٩.

(3) Charaf El-Dine (A.): "Droit de le transplantation d'organs, etude comparative" these paris, 1975 ., No. 64, p. 41.

(٤) قانون العقوبات ، القسم العام ،د/ عوض محمد بند رقم ١٦٠ صـ١٩٦ ، والجريمة والمجرم والجزاء، د/ رمسيس بهنام ، صـ٢٢٥ .

(5) Sandulli : Lesione personnale del consangiente، dans il tribunale, 1932, pp.I et s.
مشار إليه في: رضاء المجني عليه، د/ أنطون فهمي، رسالة دكتوراه، باريس فرنسا، ١٩٧١م، بند ٢٨٠، صـ٤٤٠.

كما أن عمل الطبيب في حقيقته ينطوي على مصلحة اجتماعية تهدف أساسًا إلى المحافظة على صحة الأفراد وحياتهم في المجتمع، للقيام بأعباء وظائفهم الاجتماعية التي يفرضها عليهم المجتمع تحقيقًا للصالح العام[1].

ثانيًا: الاتجاه الثاني القائل بعدم جواز نقل الأعضاء البشرية[2]

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بعدم جواز عمليات نقل الأعضاء ويرون أنها تخالف مبدأ معصومية الجسد، لأن هذا النوع من العمليات وإن كان يعتبر عملاً علاجيًا للمريض المتنازل له، إذ إنه لا صعوبة في ذلك العمل، وهو زرع العضو في جسم المريض المتلقي فهو يدخل في عداد الأعمال الطبية أو الجراحية المباحة بإذن الشرع، وبإذن المريض إذا توافرت سائر شروط الإباحة[3].

إلا أنه بالنسبة للمتبرع المتنازل لا يعد كذلك ومن ثم فإنه لا يجوز القول بإباحة عمليات الزرع وذلك لما تتصف به من مساس دائم بحياة الشخص المتنازل، وهذا ما يتنافى وقصد العلاج، ومن ثم فإذا قام به الطبيب إنما يعد عملاً غير مشروع منه، ويقع تحت طائلة القانون الجنائي والمدني.[4]

فحرمة جسم وحياة الإنسان يعتبر مبدأ من مبادئ النظام العام[5]، فالسلامة الجسدية التي يتمتع بها الإنسان على جسمه تعتبر محلاً لحق هو حق الشخص في

---

(١) المسئولية الجنائية للأطباء د/ أسامة قايد، صـ١٧٨، ط١٩٨٣، ونفس المعنى: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/أحمد محمود سعد، صـ٧٦.

(٢) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن صـ١٠٨ – ١١١، مسئولية الأطباء في قانون العقوبات، د/ محمد فائق الجوهري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٥١م صـ٣٣٢ حيث يقول: "أننا لو سلمنا بأن تلقيح الغدد الجنسية يعتبر عملاً علاجيًا لمرض فإن العملية تكون مشروعة بالنسبة للمريض الذي تنقل إليه هذه الغدد، ولا يمكن أن تقرر إلا أن عملية نزع الغدد الجنسية من الرجل السليم تعتبر عملية غير مشروعة – ابتداء – لانعدام قصد العلاج بالنسبة للمنزوعة منه".

(٣) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، ف٣٩، صـ٨٩.
وشروط إباحة العمل الطبي تتمثل في وجود حق للطبيب أو الجراح، وفي نفس الوقت واجبها في ممارسة أعمالهم، وأن مصدر هذا الحق يتمثل في إذن الشرع، وإذن المريض، غير أن إذن الشرع مقيد بعدة شروط تضمن عدم تجاوز الطبيب أو الجراح في عمله لحدود هذا الحق، وهذه الشروط تتعلق بصفة المعالج والباعث على عمله، واحتياطه في ممارسته، كما أن إذن المريض مقيدًا بصدوره من ذوي الصفة والأهلية. انظر تفصيل ذلك في: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، ف١٦، صـ٤٦ وما بعدها.

(٤) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ٥٣.

(٥) انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، د/ أحمد شرف الدين، ف٢٠، صـ٣٢، ط ١٩٨٢م، مطبعة الحضارة العربية.

سلامة جسمه[1] إذ إن الحياة تعتبر أغلى وأثمن ما يملكه الإنسان، بحيث إن فقدها يعتبر أعظم الأضرار التي يمكن أن تصيب الإنسان على الإطلاق[2].

مبررات أصحاب هذا الرأي

وقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه[3] إلى تبرير اتجاههم هذا بتفنيد حجج الرأي السابق، والقائل بإباحة الزرع، والرد عليه، كأساس في نظرهم لتبرير عدم الإباحة، فقالوا:

أولاً: من حيث استنادهم إلى نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م والتي تقرر: "أن بنك العيون يتلقى مصادره من الذين يوصون أو يتبرعون بإحدى العينين، حيث جعل هذا الرأي كلمة يتبرعون بها بمثابة دليل واضح وصريح على انصراف إرادة المشرع إلى إباحة نزع الأعضاء وزرعها بناء على رضاء المتبرع[4] وناقش هذا الرأي المسألة كما لو كان هذا النص قد استعمل كلمة الهبة وليس التبرع.[5]

ويمكن الرد على ذلك: بأن لفظ التبرع الذي جاء بالفقرة الأولى من المادة الثانية (أو يتبرعون بها) لا يقصد به المعنى الفني للهبة، لأن التبرع ليس تصرفاً وإنما وصفاً يلحق بالتصرفات القانونية[6] أما الهبة فتعتبر – كالوصية – من التصرفات التبرعية التي تتم بدون مقابل.

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الأول، د/ عبد الرازق السنهوري صـ١٠٤١، ط١٩٩٨م، دار النهضة، والمسئولية المدنية، دروس الدكتوراه ط ١٩٥٥/٥٤م، د/ سليمان مرقس ف٧٦، صـ١٤٥.

(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، ف٣٣، صـ٥٠ وما بعدها، نظرية الحق، د/ عبد الحي حجازي، صـ٤٥.

(٣) وخاصة الأستاذ الدكتور/ حمدي عبد الرحمن، الذي يعتبر من المتحمسين لعدم إباحة زرع الأعضاء للمساس بمعصومية الجسد.

(٤) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ محمود سعد، صـ٥٥.

(٥) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٦٣.

(٦) حيث إن وصف التبرع وصفًا لتصرف كل متعاقد من أطراف العقد، وليس وصفًا للعقد بالنسبة لطرفيه فالهبة بالنسبة للواهب من أعمال التبرع والموهوب له متبرع له، ولكن تصرفه ليس تبرعًا فهو يتلقى التبرع، ويحصل من العقد على فائدة محضة، ولذا لا يمكن القول بأنه متبرع، ولذا يمكن القول بأن وصف التبرع أو المعاوضة خاص بتصرف كل متعاقد وأنه يختلف من طرف إلى آخر في العقد وفي هذا الحكم يتحقق مظهر من مظاهر ذاتية التصرفات القانونية التي تشارك في إبرام العقد وعدم إنصهارها في كل قانوني جديد هو العقد.
انظر تفصيل ذلك: دروس في نظرية الالتزام د/ محمد لبيب شنب، ط١٩٧٧/٧٦م، دار النهضة العربية، صـ٥٦، هامش (٢)، والنظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط١٩٨١م، دار النهضة صـ٦٥ وما بعدها.

فالقانون المدني لا يعرف تصرفًا محددًا يسمى بالتبرع[1].

وإذا كان المشرع قد استخدم في الفقرة الأولى تعبير (أو يتبرعون بها) بعد استخدام تعبير الوصية فقد أراد بذلك أن يؤكد أن الوصية تكون بدون مقابل، ولكنه أساء التعبير فجاءت صياغته لهذه الفقرة ركيكة تثير الشك والغموض حول حقيقة المقصود بتعبير التبرع مما يسمح معه بالاجتهاد.[2]

كما أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م تتحدث عن عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيًا، في حين تتحدث الفقرة الأولى عن عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها، ولو سايرنا منطق الرأي السابق في أن المقصود بالفقرة الأولى الهبة أي التصرف التبرعي حال الحياة، لما كان من الضروري أن تضاف أصلاً الفقرة الثانية، لأن من يملك التبرع بعين سليمة حال حياته، يملك — من باب أولى — أن يتبرع بعين تقر استئصالها لعدم صلاحيتها طبيًا، ففي هذه الحالة تعد الفقرة الثانية تزايد لا مبرر له.[3]

إلى جانب أن البعض[4] جعل إباحة التبرع لبنك العيون بعين سليمة يعد أمراً مخالفاً للنظام العام، وجعل كل اتفاق على نقل عين من شخص على قيد الحياة إلى شخص مريض يعتبر باطلاً، لأنه يصيب الجسم بعجز جسيم ودائم.

---

(١) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن، صـ١٠٩.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٤ ، وينظر نفس المعنى ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ محمود سعد صـ٥٦ .

(٣) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن، صـ١٠٩، وهذا ما دفع المشرع إلى تلافي هذا العيب بتعديل هذه المادة بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٣م، على النحو السابق بيانه صـ ٥٣، هامش ٥.

(٤) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق صـ٦٤ ،٦٥ ، حيث ذكر "إن إباحة التبرع لبنك العيون بعين سليمة (من شخص حي) يعد أمراً مخالفاً للنظام العام، لأن العين من أهم أجزاء الجسم فهي نور الحياة نفسها، فالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، ينظم حصول البنك على العيون المستأصلة لكي يحافظ عليها، ويحتفظ بها مدة معينة لحين استخدامها في الأغراض العلاجية، فلو سايرنا منطق الرأي السابق الإشارة إليه، لكان معنى ذلك إباحة التبرع بعين سليمة لبنك العيون ودون أن يحتاج إليها طبياً، ويترتب على ذلك نتيجة شاذة وخطيرة، وهي فقد الشخص لعينه السليمة التي يتبرع بها لبنك العيون دون وجود مصلحة علاجية أكيدة للغير ..".

وينظر: أحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت محمد حماد، صـ٧٤ ، حيث ذكر "إن إجازة التبرع لبنك العيون بعين سليمة حال الحياة تعد أمراً مخالفاً للنظام العام لأن العين ليست ذلك الجزء من الجسد الذي يسهل إجازة التبرع به على هذا النحو من البساطة لكي يحتفظ به البنك لاستخدامه عند الحاجة".

وعلى هذا فإن الطبيب الذي يقوم بمثل هذه العملية يقع تحت طائلة القانون، ولو كان ذلك برضاء المعطي (المتبرع) لأن رضاءه لا قيمة له حيث يمكن اتهام الطبيب بعقوبة الجرح العمد وإحداث عاهة مستديمة[١].

ويؤكد هذا ما تعرضه اللائحة التنفيذية للقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، والتي تفرض على الطبيب الذي يجري الاستئصال، أن يحدد سبب الاستئصال، والتبرع بالعين السليمة ليس السبب القانوني المقصود من ذلك، بل السبب المقصود هو السبب الطبي علاوة على أن هذا العمل يؤدي إلى إصابة الجسم بعجز جسيم ودائم[٢].

كما أنه من المتفق عليه سواء في الفقه أو القضاء أن رضاء المجني عليه لا يعد سبباً للمشروعية، ولا عنصراً من عناصر جريمة الجرح أو الضرب[٣] ولذا فلا يبرر التعدي على تكامل جسده ولا يكون مانعاً من عقاب المعتدي[٤].

وعلى ذلك فإن رضاء المريض لا يعد سبباً عاماً لإباحة المساس بسلامة الجسم،[٥] فسلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع.[٦]

ومما يزيد الأمر تعقيداً أن المادة الثالثة من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م تنص على "ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين وهم كاملو الأهلية، وإذا كان المعطي قاصراً أو ناقص الأهلية، فيلزم الحصول على إقرار كتابي من وليه".

ومعنى ذلك أن ولي القاصر أو المجنون يستطيع أن يتبرع بعين وليه بمجرد أن يكتب ورقة بذلك، وهو أمر في منتهى البشاعة والفظاعة!! فكيف نسمح لإنسان ما أن

---

(١) المسئولية الجنائية للأطباء، د/ أسامة عبدالله قايد، صـ٣٤٣ .

(٢) أحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد، صـ٧٤ ، وينظر نفس المعنى، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ٥٧ .

(٣) وهذا ما أيدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن رضاء المصاب بما وقع عليه من ضرب أو جرح لا يؤثر في قيام جريمة الضرب أو الجرح (نقض ١٢ يونيو ١٩٣٩ — مجموعة القواعد جـ٤، رقم ٤٠٧، صـ٧٦).
ومع ذلك فقد اعتبرت محكمة النقض أن رضاء المجني عليه يعتبر عنصراً من عناصر الإباحة في حالات التدخل الطبي أو الجراحي (نقض ١١ يناير ١٩٣٦ — مجموعة القواعد القانونية جـ٤، رقم ٣٤، صـ٣١).

(4) Doll (p.j) "ladiscipline desgreffes destransplantion et des autres de disposition concentrant, les corpshumaine" p. 83- paris – 1970 .

(٥) قانون العقوبات، القسم العام، د/ محمود نجيب حسني، رقم ١٧٩، صـ١٧٣، الموسوعة الجنائية، لجندي عبدالملك، جـ١ رقم ١٣٣، صـ٥٣٨، وجـ٢ ، رقم ٣٤٤ ، صـ٨٣٥.

(٦) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة ، صـ٢٦.

يتنازل عن عين من هو تحت ولايته!! إنه أمر يجافي كل القواعد السليمة وكل الشرائع الدينية.(١)

ثانياً: بالنسبة للقياس الذي يستند إليه القائلون بالإباحة من حيث إن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م يعد من أسباب الإباحة(٢) التي يجوز القياس عليها، ومن ثم فإن حكمه يمتد إلى جميع حالات التنازل عن الأعضاء البشرية للغير.(٣)

فهذا قول خاطئ(٤) لأن هذا القانون لا ينشئ سبب إباحة بل يقرر مانع للمسئولية وموانع المسئولية(٥) لا يجوز القياس عليها، ومن ثم فليس هناك مسوغ شرعي يجوز الاستناد عليه لتبرير هذا الزرع، سواء كان هذا المسوغ نصاً شرعياً، أو القياس على نص شرعي يبيح مثل هذه العمليات(٦).

كما أن هذا القانون يمثل استثناءً من الأصل العام وهو حظر المساس بجسد الإنسان(٧) وعدم جواز التعامل عليه، ولذلك فإن القانون قصر التدخل الطبي علي

(١) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٤٩ .
(٢) أسباب الإباحة هي الظروف التي نص عليها المشرع وجعل من آثارها نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل، ومن ثم فمن الطبيعي أن يكون المشرع وحده الذي يقرر الظروف التي يبيح للفرد الإضرار بها، ولذلك فإن أسباب الإباحة لابد أن تكون واردة على سبيل الحصر، غير أن ورود أسباب الإباحة على سبيل الحصر لا يتعارض ومكنة تفسير القواعد المبيحة بالالتجاء إلى القياس، فالقياس المحظور هو في محيط القواعد التجريمية، أما القواعد المبيحة فيجوز إعمال القياس بصددها ، انظر تفصيل ذلك : القاعدة الجنائية ، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، د/ عبدالفتاح مصطفى الصيفي، ط ١٩٧٠م، الناشر الشركة الشرقية للنشر والتوزيع بيروت ف١٣٢ صـ٣٨٦ وما بعدها ، وأسباب الإباحة في التشريعات العربية، د/ محمود نجيب حسني، ف٨٢ صـ٩٥ ، وزرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد صـ٥٨.
(٣) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٦ .
(٤) معصومية الجسد، د/ حمدي عبدالرحمن صـ١١١ ، وزراعة الأعضاء والقانون ، د/ أحمد شرف الدين، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الأولى، العدد الثاني، يونيو ١٩٧٧م، صـ١٦٩ .
(٥) يقصد بموانع المسئولية الظروف الشخصية للجاني والتي بتوافرها لا تكون لإرادته قيمة قانونية في توافر الركن المعنوي للجريمة، ومعنى ذلك أن موانع المسئولية لها صفة شخصية أي تتوقف على ظروف خاصة بشخص الجاني، انظر : القاعدة الجنائية، د/ عبدالفتاح مصطفى الصيفي، صـ٣٨٧ وما بعدها.
(٦) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد صـ٥٩ .
(٧) إذ إن الإجماع يكاد ينعقد على أن سلامة الجسم من الحقوق غير القابلة للتنازل عنها باعتبار أن سلامة أعضاء المجتمع هي مصلحة يحرص عليها المشرع لصالح الجماعة. انظر : المسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس، ف٧٦ صـ١٤٥ ، والمدخل لدراسة العلوم القانونية، الكتاب الثاني، الحق ، د/ عبدالحي حجازي، جـ٢، صـ١٩٠، ودروس في المدخل للعلوم القانونية، د/ نعمان محمد خليل جمعة، ط ١٩٧٨م دار النهضة العربية، صـ ٣٢٣-٣٢٧ ، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين ،ط ١٩٨٣م المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت، صـ٢٧ ، والمدخل للعلوم القانونية، د/ توفيق حسن فرج، صـ٤٨٠ ، ودروس في نظرية الالتزام، د/ محمد لبيب شنب، صـ٣٤٠، وأحكام محكمة النقض المصرية : (نقض مدني في ١٩٦٦/٢/١٧م

#

الأشخاص المرخص لهم بمزاولة مهنة الطب[1]، وحظره على غيرهم ولو برضاء المريض، وبالتالي فالقانون المذكور قد ورد على سبيل الاستثناء فلا يجوز القياس عليه، أو التوسع فيه، لأنه يقرر استثناء على أصل الحظر، وليس رجوعاً إلى أصل المشروعية[2]، وفي جميع الأحوال فإن التعديل الذي أدخله المشرع على القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، بشان بنك العيون يكون قد ألغى القياس والخلاف بين فقهاء القانون حول كونه يقرر سبب من أسباب الإباحة أو مانع من موانع المسئولية.

ثالثًا: من حيث استنادهم لنص المادة ٤٣ من الدستور المصري والتي تجيز إجراء التجارب الطبية بموافقة الشخص وجواز الزرع بموافقة المتنازل قياسًا على ذلك:

غير أن هذا القياس في غير موضعه[3] وهذا القول غير مقبول[4] وذلك لأن الدستور عندما افترض إباحة التجارب الطبية بشرط الموافقة فإن هذا الشرط لا يغني عن ضرورة

المجموعة المدنية س ١٧ صـ٣٣٧) و (نقض جنائي في ١٩٥٦/٦/١٣م مجموعة أحكام النقض – دائرة جنائية – س١٧ ق٩٩ صـ٣٣٠).

(١) وذلك بموجب القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤م في شأن مزاولة مهنة الطب حيث وضحت كل من المادة الأولى والثانية من هذا القانون الشروط التي يجب توافرها لمزاولة مهنة الطب، فنصت المادة الأولى على أنه "لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية = = أو علاج مريض .... وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفه كانت إلا إذا كان مصريا ......، وكان أسمه مقيدا بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية ....".

والجدير بالذكر أن مفهوم التدخل الطبي قد تطور تطوراً ملحوظاً في نظر القضاء الفرنسي، فقد بدأ باعتباره عملاً علاجيا فقط، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها بقولها "يعد مرتكباً لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب من يقوم بعلاج المريض دون أن يكون مرخصا له بذلك" (نقض جنائي فرنسي في ١٩٢٩/٦/٢٠م نشرة أحكام النقض "جنائي" ١٩٢٩م رقم ١٧٢).

ثم تغير مفهوم القضاء للعمل الطبي فشمل إلى جانب ذلك العلاج التشخيصي فقضت محكمة النقض بأنه "يعد مزاولاً مهنة الطب دون ترخيص كل من يقوم بتشخيص الأمراض" (نقض فرنسي جنائي في ١٩٥٧/٢/٢٠م نشرة أحكام النقض جنائي ١٩٥٧م رقم ١٧٤)، وبعد ذلك اتسع مفهوم القضاء للعمل الطبي فشمل الفحوص البكترولوجيه والتحاليل الطبية، وظهر ذلك في أحكام النقض الحديثة فقضى، بمعاقبة من يقوم بدون ترخيص بإجراء الفحوص الطبية أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض بعقوبة جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب المنصوص عليها في المادة ٣٧٢ من قانون الصحة الفرنسي (نقض جنائي فرنسي في ١٩٥٨/٥/٢٧م دا اللوز ١٩٨٥ مختصر صـ٣٨٨ ، ونقض جنائي في ١٩٦٢/٥/٢٨م النشرة الجنائية ١٩٦٢م رقم ٢١٣). انظر تفضيل ذلك في : الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، د/ محمد السعيد رشدي صـ٤٥ طـ ١٩٨٧م ، ومشار إليه في: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات صـ٥٩ هامش ١ .

(٢) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، د/ أحمد محمود سعد صـ٦٠ ، ونفس المعنى ، القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٦٦ .

(٣) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٥.

(٤) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن صـ١١٠، ونقل الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد سعد، صـ٥٨.

توافر شروط أخرى مستمدة من قواعد الفن الطبي، والعرف المهني يجب مراعاتها من وجهة النظر الطبية والقانونية[١] ومن ثم يكون القياس في غير محله.[٢]

رابعًا: وبالنسبة للاستناد إلى حالة الضرورة كمسوغ لجواز عملية زراعة الأعضاء

فإنه لا يجوز تبرير الإباحة استنادًا لحالة الضرورة لانعدام شروطها[٣] لأن الضرورة تفترض تعرض الشخص لخطر معين فيدفعه بإلحاق ضرر أقل بالغير[٤]، والضرورة على هذا النحو غير متوافرة لعمل الطبيب في ممارسته نقل الأعضاء، فالطبيب يمارس عمله في حدود الأصول القانونية المهنية[٥] فهو عندما يقوم بزرع عضو في جسم شخص، فإن ذلك الفعل يعتبر مشروعًا برضاء المجني عليه[٦] نظرًا لتعادل الضرر

---

(١) إذ إنه يتعين لإباحة العمل الطبي توافر الشروط الآتية :

- الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب. - رضاء المريض. - قصد العلاج.

وانتفاء أحد هذه الشروط يعني انتفاء سبب الإباحة ذاته، ويستتبع القول بأن الفعل غير مشروع، انظر المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤م في شأن مزاولة مهنة الطب، وينظر في مشروعية التجارب الطبية:

Delarebeyyette (D.J): De l'experimentation sur l'homme thése، Paris,1954, pp. 10 et 55.

Monzein. La responsabilté pénale du Médecine، Rev. Sc. Crim 1971، pp. 823 ets.

مشار إليهم: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٥.

(٢) ويرى البعض أن القواعد المستثناة يمكن القياس عليها إذا كانت صادرة عن مبدأ قانوني عام أو بعبارة أخرى عن أحد الموجهات العامة للنظام القانوني وذلك لأن الأحكام معقولة المعنى يمكن أن تتعدى من الأصل إلى غيرها بطريق القياس، سواء أكانت أحكام مبتدأة، أو كانت أحكامًا مستثناة من أحكام كلية.

أما بالنسبة للقواعد الخاصة فالمسألة تحتاج إلى تفرقة بين نوعيها : فالقواعد الخاصة بمعناها الواسع ليس ثمة ما يمنع من القياس عليها، فهذه قواعد أحكامها ذات علل متعدية، أما القواعد الخاصة بمعناه الضيق فالإجماع على أنه لا يرد عليها القياس، إذ أنها قواعد أحكامها ذات علل قاصرة وغير متعدية.

انظر تفصيل ذلك: الإجبار القانوني على المعارضة، د/ جلال العدوي صـ٢٦٩، ٢٧١، ط ١٩٦٠م، الإسكندرية، مشار إليه : زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ محمد محمود سعد، صـ٥٨ هامش (٣).

(٣) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن صـ١٠٠، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ محمد محمود سعد، صـ٧٣ وما بعدها.

(٤) كأن يقضي الطبيب على الجنين إنقاذًا لحياة الأم في ولادة عسرة أو أن يجري ممرض عملية جراحية لشخص يهدده الموت في ظروف يستحيل فيها الاستعانة بطبيب.

انظر حكم محكمة النقض — (نقض جنائي ١٩٦٨/٢/٢٠م مجموعة أحكام النقض — دائرة جنائية س١٩، ف٤٧، صـ٢٥٤، كما تنص المادة ٦١ عقوبات على أنه :

"لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

(٥) وهو ما يعبر عنه بأتباع أصول الصنعة، يجب أن تكون أعمال الطبيب أو الجراح على وفق الرسم المعتاد أي موافقة للقواعد التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب. انظر تفصيل ذلك: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، ف١٧، صـ٤٩.

(٦) قانون العقوبات، القسم العام، د/ مأمون محمد سلامة، صـ٢٥٦.

الاجتماعي إن لم يكن في ذلك تحقيق صالح أكبر للمجتمع، وهنا تتفق علة الإباحة مع فكرة الفعل الملائم اجتماعيًا.(١)

كما أن الطبيب الذي يجري عملية نقل وزراعة الأعضاء، إنما يخالف قواعد قانون العقوبات التي تجرم أفعال الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، كما أن شرف الباعث لا علاقة له بتكوين القصد الجنائي الذي يقوم على إرادة تحقيق الواقعة الإجرامية، بغض النظر عن البواعث — شريفة كانت أم دنيئة — المحركة للسلوك(٢)، فتوافر الباعث لا يعفي من المسئولية الجنائية، فالقصد الجنائي لن ينتف إلا إذا وجد قانون يسمح بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.(٣)

وعلى أية حال فإن حالة الضرورة — سواء أكانت سبب إباحة أو مانع مسئولية — لا تصلح في نظر البعض(٤) سندًا قانونيًا لإباحة عملية نقل الأعضاء، ومن ثم لا يعفي الطبيب الجراح من المسئولية الجنائية. ذلك لأن حالة الضرورة وإن توافرت شروطها — طبقًا لنص المادة ٦١ عقوبات مصري — بالنسبة للمريض، فإنها لا تتوافر بالنسبة للمعطي الذي يستأصل منه عضو سليم من جسمه، فمن شروط توافر حالة الضرورة وجود خطر جسيم حال وشيك الوقوع، كأن يقضي الطبيب على الجنين إنقاذاً لحياة الأم في ولادة عسرة، أو أن يجري ممرض عملية جراحية لشخص يهدده الموت في ظروف يستحيل فيها الاستعانة بطبيب(٥) وهو ما لا يتوافر في هذه الحالة، لأن الضرورة تفترض تعرض الشخص لخطر معين، فيدفعه بإلحاق ضرر أقل بالغير، والضروزة على هذا النحو غير متوفرة لعمل الطبيب في ممارسته نقل الأعضاء، فالطبيب يمارس عمله في حدود الأصول القانونية المهنية، ولكن يجوز للطبيب إجراء عمل جراحي معين كتجربة لعلاج المريض

---

(١) انظر: الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكونها له قانون العقوبات، د/ محمود نجيب حسني، صـ٥٦ وما بعدها.

(٢) قانون العقوبات، القسم العام، د/ مأمون سلامة، صـ٣١٠، استعمال الحق كسبب للإباحة، د/ عثمان سعيد عثمان، رسالة، القاهرة ١٩٦٨، صـ٣١٢

(3) Charaf El-Dine: Op. cit., No. 72، p. 47.

(٤) القانوني الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة ، صـ٤٢.

(٥) نقض جنائي ١٩٦٨/٢/٢٠م، مجموعة أحكام النقض- دائرة جنائية — س ١٩ ف ٤٦ صـ ٢٥٤ ، وتنص المادة ٦١ عقوبات على أنه: "لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به ، أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

بشرط أن تكون مزاياه أعلى من مضاره[١] أو على الأقل أن لا يترتب عليه إصابة المريض بضرر أعظم من ضرر المرض الذي يشكو منه[٢]، وهذا يقتضي أن يقوم الطبيب الجراح على وجه السرعة بإجراء عملية نقل عضو من شخص لزرعه في جسد المريض لإنقاذ حياته من الموت، غير أن هذا الشرط لا يتوافر في حالة استئصال الأعضاء لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية لحين الاحتياج لها في المستقبل.[٣]

رأي الباحث

مما سبق يتضح لي أن الفقه القانوني اختلف حول مشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية ما بين مؤيد لهذه العمليات استنادًا إلى بعض النصوص القانونية السابق بيانها، وما بين معارض على أساس إعمال مبدأ عصمة الجسد الآدمي، والحقيقة أن كلا الاتجاهين لا يخلو من النقض.

فعلى الرغم من اتفاقي مع ما يراه أصحاب الاتجاه الأول من مشروعية هذه الجراحات إلا أنني أخالفه فيما استند إليه من مبررات، ولا سيما فيما يتعلق بقياسه على نقل القرنية، وذلك لأن عمليات نقل وزراعة الكبد والأعضاء من الأهمية بمكان من أن تقاس على تشريع وضع لحالة معينة أو لعضو معين، وإذا كان هذا القياس من الناحية النظرية جائزًا إلا أنه من الناحية الموضوعية غير لائق، إذ إن عملية نقل الكبد على سبيل المثال تختلف عن عملية نقل القرنية بل إن لها تفصيلات وجزئيات لابد من وضع ضوابط لها.

كما أن صاحب الاتجاه القائل بالقياس لم يبين لنا ما هي شروط إجراء الجراحة لنقل الأعضاء، وضوابطها، وكلها أمور تحتاج إلى دقة التنظيم لأن هذه الأعضاء يتعلق بها حياة شخص سليم ومعاف، فلا يمكن بحال من الأحوال أن تكون رهن للقياسات، بل لابد أن تكون واضحة، وفي إطارها السليم، كما أن جوهر هذا القياس أصبح لا معنى

---

(١) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ ٦١ .
(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ ٤٩ .
(٣) زراعة الأعضاء والقانون، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٧١، والضوابط القانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد شرف الدين : المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس ١٩٧٨، المجلد الحادي والعشرون، صـ١٣٥، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة ، صـ٤٣ .

له ولا مبرر بعد التعديل الذي أدخله المشرع على القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٣م.

إن الحل الأمثل للخروج من هذا المأزق هو تشريع واضح وصريح يلم شتات هذا الموضوع، ويكفل الحماية القانونية لكل من الطبيب والمريض على السواء بحيث تُحدد شروط الجراحة، وأماكن القيام بها، والطاقم الطبي، والتجهيزات المطلوبة.

وكلها أمور من السهولة واليسر تدبرها، ولاسيما في بلد مثل مصر غنية بعقول رجالها الأوفياء، وطاقتهم الكبيرة نحو خدمة مجتمعهم، وكل ما يريدونه هو مد يد العون من جانب المشرع.

كلا الاتجاهين ودون الخوض في خضم أرائهم قد جانبه الصواب، القائلون بعدم مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء قد غضوا الطرف عن مصلحة أكيدة وخير محقق للبشرية فتحته آفاق الطب الحديث نحو إنقاذ آلاف من المرضى بأمراض خطيرة وفتاكة، وتعاملوا مع الأمر دون اعتبار لمصلحة المريض الذي يعاني من داء عضال يهدد حياته بخطر محقق.

والقائلون بالإباحة لم يقدموا لنا سندًا قانونيًا سليمًا نستطيع من خلاله الوثوق بمشروعية هذه العمليات من الناحية القانونية، واستندوا إلى مجموعة من النصوص لا تنهض ولا ترقى إلى مستوى الحدث الطبي، لأن مثل هذه العمليات تحتاج إلى نصوص صريحة، وواضحة، وقاطعة الدلالة، لأن لها تفصيلات وجزئيات دقيقة لابد من التعرض لها بكل دقة، ولا يكفي أن نقوم بالقياس على نص قانوني وضع لعضو معين، فشتان ما بين نقل القرنية وزراعة الكبد، وليس معنى ذلك أن هذه العمليات غير مشروعة في الحقيقة، ولكن من الناحية النظرية لا يوجد لها سنداً قانونياً أما من الناحية الموضوعية فهي موجودة وظاهرة للعيان بل إنها دخلت حيز التنفيذ في مصر منذ زمن طويل، ولكن يبدو أن المشرع المصري قد غض الطرف عنها، وتعامل مع المسألة برمتها وكأنها لم تكن، وترك للفقه القانوني العنان في استنتاج واستخلاص أحكام لا يصح استنتاجها، بل لابد من وضع الضوابط لها.

ولذا فإن عمليات نقل وزراعة الأعضاء تتطلب تدخل تشريعي سريع وحاسم، ينظم أحكامها ويقنن أوضاعها، ويوضح شروطها، ويُظهر ضوابطها، حتى يطمئن كل من الطبيب والمريض والمتبرع إلى شرعية عمله، ويُمكِّن من الإطلاع على أحكام العمل الذي يقوم به فيرتاح ضميره، ويأمن على نفسه، في ظل قانون ينظم ويضع الضوابطُ اللازمة.

المبحث الثاني
موقف الفقه الإسلامي
من مشروعية زراعة الكبد

تمهيد وتقسيم

لما كان الحكم علي الشئ فرعاً عن تصوره ، فإنه لابد لكي أقف على نظرة الفقه الإسلامي لعمليات زراعة الكبد بين الأحياء، أن أتعرض لموقف الفقه الإسلامي من أحكام الجراحة الطبية بصفة عامة، لأن عملية زراعة الكبد في حقيقتها عملية جراحية بالمعنى الدقيق لكلمة جراحة[1] ، ثم بعد ذلك أتعرض للأحكام الفقهية المتعلقة بعملية نقل وزراعة الكبد بين الأحياء، وما يترتب عليها من آثار.

ولذا فإنني سوف أقوم خلال السطور القادمة –بإذن الله تعالى– ببيان أحكام الجراحة الطبية وبيان أحكام زراعة الكبد بين الأحياء وآراء الفقهاء فيها وأدلتهم في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أحكام الجراحة الطبية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أحكام زراع الكبد بين الأحياء في الفقه الإسلامي.

---

(١) انظر: الفصل التمهيدي من هذا البحث، صـ ٣٣ وما بعدها.

المطلب الأول

أحكام الجراحة الطبية في الفقه الإسلامي

بالنظر في النصوص الشرعية نجد أنها دلت على جواز الجراحة الطبية ولا سيما إذا كان ذلك لحفظ النفس والتي هي من الكليات الخمس[1] التي جاء الإسلام لصيانتها والحفاظ عليها، ومن أجل المحافظة على النفس شرع الإسلام أموراً كثيرة منها: الحث على التداوي من الأمراض والأسقام قال ﷺ: " يَا عِبَادَ اللَّهِ تَدَاوَوْا فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ شِفَاءً أَوْ قَالَ دَوَاءً إِلَّا دَاءً وَاحِدًا – قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا هُوَ– قَالَ الْهَرَمُ "[2].

فلقد بلغ حرص الإسلام على صحة الإنسان درجة فريدة لم يسبقه إليها غيره في الماضي ولا في الحاضر، بل ولا في المستقبل، لأنه دين حفظ الصحة السليمة على أربابها، وشرع العلاج من كافة الأمراض، وحرص على وقاية المجتمع من سائر العلل النفسية والعصبية[3].

---

(١) وهي : (حفظ الدين ، وحفظ النفس ، وحفظ العقل ، وحفظ النسل ، وحفظ المال) ويدخل ضمن حفظ النفس المحافظة على الصحة بطلب التداوي ، والعلاج عند نزول المرض وبالبعد عن مصادر الأوبئة والأمراض المعدية للوقاية منها ، لجريان العادة بذلك والعادة محكمة . وقاعدة العادة محكمة من القواعد الفقهية الكبرى عند فقهاء المسلمين. انظر في هذا المعنى : الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبدالرحمن بن بكر السيوطي الشافعي، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت ١٣٩٩هـ صـ٨٩ ، والأشباه والنظائر، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية — بيروت ١٤٠٠هـ صـ ٩٢ ، والمنثور في القواعد الفقهية، للزركشي، تحقيق د/ تيسير فائق أحمد محمود، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت جـ٢ صـ٣٥٦ .

(٢) سنن الترمذي، للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المتوفى سنة ٢٧٩هـ ، ط الثانية، مطبعة البابي الحلبي بمصر، سنة١٣٩٨هـ ، ١٩٧٨م، بتحقيق : أحمد محمد شاكر، كتاب: الطب، باب: ما جاء في الدواء والحث عليه، حديث رقم ٢١٧٢،جـ٣، صـ٣٥٨، قال أبو عيسى "هذا حديث حسن صحيح"، وأخرجه الحافظ أبي داود سليمان بن داود بن الأشعث السجستاني،المتوفى سنة ٢٧٥هـ، في سننه، ط الأولى مطبعة البابي بمصر، سنة ١٣٧١هـ .تعليقات الشيخ/ أحمد سعد علي، كتاب: الطب، باب: الرجل يتداوي، حديث رقم ٣٨٥٧ واللفظ عنده "تَدَاوَوْا فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ دَوَاءً غَيْرَ دَاءٍ وَاحِدٍ الْهَرَمُ"،جـ٢، صـ٣٣١، وأخرجه الحافظ أبيَ عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، المتوفى سنة٢٧٥هـ، في سننه، مطبعة البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٢هـ، بتحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، رقم ٣٤٥٦ وقال في الزوائد إسناده صحيح ورجاله ثقات، جـ٢، صـ١١٣٧.

(٣) أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ٥٠.

يقول العز بن عبدالسلام[1]: "الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة، والعافية، ولدرء مفاسد المعاطب، والأسقام ، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك، ولجلب ما أمكن جلبه"[2].

وغاية الطب: حفظ برء مرض، أو حفظ الصحة موجودة، واستعادتها مفقودة، وإزالة العلة أو تقليلها بقدر الامكان[3].

وقد وصف ابن أبي أصيبعة[4] صناعة الطب بأنها: "من أشرف الصنائع، وأربح البضائع، وقد ورد تفضيلها في الكتب الإلهية والأوامر الشرعية ، حتى جُعل علم الأبدان قريناً لعلم الأديان"[5].

ولذا قيل أن من داوى أخاه المسلم كما أمر الله على لسان نبيه ﷺ فقد أحسن ، لقوله تعالى: ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (التوبة من آية ٩١)[6].

---

(١) هو: الإمام العز بن عبدالسلام بن عبدالعزيز بن عبد السلام الدمشقي السلمي الملقب بسلطان العلماء ولد –رحمه الله– سنة ٥٧٧هـ ، وانتهت إليه رئاسة الشافعية بمصر. وكانت له مواقف جليلة محمودة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، توفي –رحمه الله– بالقاهرة في جمادى الأولى من سنة ٦٦٠هـ . وله مصنفات منها: قواعد الأحكام، والإشارة إلى الإيجاز. والقواعد الصغرى "المقاصد" . ينظر : البداية والنهاية في التاريخ، للحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي . المتوفي سنة ٥٠٢هـ ، جـ١٣ صـ٢٣٥ ، ٢٣٦، مطبعة السعادة بمصر عام ١٣٥٨هـ ، وطبقات الشافعية، للإمام أبي بكر هداية الله الحسيني ، المتوفى سنة ١٠١٤هـ صـ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ط الثانية . طبع شركة الخدمات الصحفية والطباعية ببيروت ، لبنان ، تحقيق عادل نويهض.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للإمام أبي محمد عز الدين بن عبدالسلام السلمي الشافعي، المتوفى سنة ٦٦٠هـ طبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت جـ١ صـ ٤ ، ٩٧ .

(٣) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٠٢ .

(٤) هو: موفق الدين أبو العباس أحمد بن سديد الدين القاسم، اشتهر بالطب، ولد بدمشق سنة ٦٠٠ هجرية وتوفي سنة ٦٦٨ هجرية، وقد نشأ في بيئة حافلة بالدرس والتدريس، والتطبيب والمعالجة، درس في دمشق والقاهرة نظرياً وعملياً، وكان من أساتذته ابن البيطار العالم النباتي الشهير ومؤلف (جامع المفردات)، أشتهر ابن أبي أصيبعة بكتابه "عيون الأنباء في طبقات الأطباء"، ينظر: معجم المؤلفين ، لعمر رضا كحالة، مطبعة الترقي بدمشق سوريا، سنة ١٣٧٧هـ، جـ٢ صـ٥٥.

(٥) عيون الأنباء في طبقات الأطباء، لابن أبي أصيبعة، تحقيق نزار رضا ، بيروت – دار مكتبة الحياة ١٩٦٩م ، صـ٧، ٤٣٥ .

(٦) المحلى، لمحمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، دار الآفاق الجديدة – بيروت ، جـ١٠ صـ٤٤٤ .

فلم تقرر الشريعة الإسلامية إباحة التداوي إلا من أجل تحقيق مصلحة مشروعة يمكن تحقيقها عن طريق التداوي، ولذلك أجازت الشريعة الإسلامية قطع السلعة المخوفة (العضو المعتل) من الجسم، والعضو الذي به أكلة، وأباحت بعض العمليات الجراحية، كالفصد، وقطع العروق، لجلب الراحة، ورفع المضار[1]، ومن أجل المحافظة والإبقاء على الصحة التي تستلزم بقاء البدن جارياً على المجرى الطبيعي، وعدم اختلال البنية، وهو غاية ما يهدف إليه الطب الإسلامي[2]، وحتى في حالة عدم اعتبار التداوي أو العلاج فإن حاجة[3] الأحياء إليه تنزل منزلة الضرورة التي يباح من أجلها ما هو محظور[4]، ومؤدى ذلك أن مبدأ معصومية الجسد الإنساني يحتمل الاستثناء في الحدود التي تقتضيها مصلحة راجحة، ألا وهي مصلحة التداوي أو علاج الأمراض حفظاً للنوع الإنساني[5].

---

(١) الموافقات في أصول الأحكام، لأبي إسحاق الشاطبي، طبعة المكتبة التجارية الكبرى – الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م ، جـ٢ صـ٢٩.

(٢) ينظر: تذكرة أولي الألباب والجامع للعجب والعجاب، المسمى بتذكرة داود ، لداود بن عمر الأنطاكي، المتوفى سنة ١٠٠٨هـ، ط ١٣٧١هـ مطبعة البابي الحلبي بمصر، وبهامشها ، نزهة المبهجة، جـ٢ صـ١٣٨، والنزهة المبهجة وتعديل الأمزجة، بهامش تذكرة داود، جـ٢ ، صـ١٤٠ . وزاد المعاد في هدي خير العباد، للإمام محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، ط، المطبعة المصرية، جـ٣ صـ١١١ . والطب النبوي، لابن القيم، ط البابي الحلبي، ١٣٧٧هـ، تعليق: عبدالغني عبدالخالق، صـ٥ ، وطب الرازي، دراسة وتحليل لكتاب الحاوي، شرح وتعليق، د/ محمد كامل حسن، صـ٤٢ .

(٣) <u>والحاجة معناها</u>: هنا هي ما دون الضرورة، لأن مراتب ما يحرص الشرع على توفيره للإنسان ثلاثة:
<u>الأولى</u>: الضرورة وهي: بلوغ الإنسان حداً إذا لم يتناول الممنوع عنده هلك، أو قارب على الهلاك، وهذه الضرورة تبيح المحظور بالقدر الذي يدفعها، لأن الضرورات تبيح المحظورات، والضرورة تقدر بقدرها، ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٨٨، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ٩١.
<u>والثانية</u>: الحاجة وهي: بلوغ الإنسان حداً لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة، وهذه الحالة لا تبيح المحظور، ولكنها تسوغ الخروج على بعض القواعد العامة، وتبيح الفطر في الصيام.
<u>والثالثة</u>: الكمالية أو التحسينية وهي: ما يقصد من فعله نوع من الترف وزيادة في لين العيش دون الخروج عن الحد المشروع ، وما عدا ذلك فهو زينة وفضول.
فإذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع من الناس، أو خاص بشخص ما ، نزلت هذه الحالة منزلة الضرورة، في جواز الترخيص لأجلها منعاً للحرج والمشقة عن بني آدم، وحرصاً على كرامتهم وإنسانيتهم، وحمايتهم من المضار العاجلة والآجلة، راجع تفصيل ذلك: أحكام نقل الدم ، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٦٩ ، هامش(١).

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر ، للسيوطي، صـ٨٨، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ٩١ ، والمدخل الفقهي العام، للأستاذ/ مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة العاشرة ١٣٨٧هـ ، مطبعة طربين بدمشق، فقرة ٦٠٣.

(٥) أحكام نقل الدم ، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٦٩.

ومما لا شك فيه أن الجراحة مندرجة في الطب وفرع من فروعه[1].

وسوف نستعرض خلال السطور التالية الأدلة الشرعية من الكتاب، والسنة، والإجماع، والعقل على جواز الجراحة الطبية.

أولاً: الكتاب

قال تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة: آية ٣٢).

وجه الدلالة

أن الله جل وعلا امتدح في هذه الآيات من سعى في إحياء النفس وإنقاذها من الهلاك[2] ومعلوم أن الجراحة الطبية تنظم في كثير من صورها إنقاذ النفس المحرمة من الهلاك المحقق وبالتالي فإن الطبيب الذي يقوم بها يعتبر –بإذن الله تعالى– منقذاً لتلك النفس المحرمة من الهلاك، فيدخل بذلك فيمن امتدحهم الله ﷻ في الآية الكريمة[3].

وقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ (الأنعام: من آية ١١٩).

---

(١) أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، د/ محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، صـ٥٥. والأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، د/ محمد خالد منصور ، صـ١٥٨.

(٢) اختلف المفسرون –رحمهم الله– في معنى هذه الآية الكريمة على أقوال:

ومنها : أن المراد بإحيائها إنقاذها من الهلاك ، وهو مروى عن ابن مسعود ومجاهد والحسن البصري ، قال الألوسي –رحمه الله– في تفسيره "ومن أحياها" أي تسبب لبقاء نفس واحدة موصوفة بعدم ما ذكر من القتل والفساد ، إما بنهي قاتلها عن قتلها ، أو استنقادها من سائر أسباب الهلكة بوجه من الوجوه" ينظر : روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، للعلامة أبي الفضل شهاب الدين محمود الآلوسي البغدادي ط الثانية ، المطبعة المنيرية بمصر جـ٦ صـ١١٨ ، كما قال البيضاوي في تفسيره "أي ومن تسبب لبقاء حياتها بعفو أو منع عن القتل أو استنقاذ من بعض أسباب الهلكة فكأنما فعل ذلك بالناس جميعاً" انظر: تفسير البيضاوي جـ١ صـ٣١٩، وينظر بقية الأقوال في: جامع البيان في تفسير القرآن ، لمحمد بن جرير الطبري طـ٣ دار المعرفة بيروت ، ١٩٧٨م جـ٦ صـ٢٠٠–٢٠٤ ، وتفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن كثير طـ دار المعرفة – بيروت ١٩٨٧م جـ٢ صـ٦٥ ، والجامع لأحكام القرآن، لمحمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، طـ دار الكتب العلمية ١٩٨٨م ،جـ٦ صـ١٣٩ .

(٣) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ ٥٧ .

وجه الدلالة

فقد أباح المولى سبحانه وتعالى للمضطر أن يأكل الميتة أو الخنزير أو يشرب الخمر حفاظاً على النفس حال الضرورة[(١)].

وإذا كانت إباحة الميتة للمضطر ليست إلا رمزاً معبراً لأحوال الضرورة كمبيحة للمحظورات، فيقاس عليه كل ما هو في مثل حالة المضطر[(٢)].

وبالتالي فإن الضرورة والحاجة للمحافظة على النفس تستدعي جواز الجراحة الطبية بالأولى، لأنها تساعد على إنقاذ النفس البشرية من الهلاك.

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (البقرة: من آية ١٩٥).

---

(١) ينظر : جامع البيان، للطبري جـ٥ صـ٣٢١ ، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي جـ٧ صـ٦٥ ، وتفسير البيضاوي، جـ١ صـ٤٤٧

والضرورة في اللغة : مشتقة من الضرر ، وهو النازل بما لا مدفع له، التعريفات، للجرجاني، صـ١٨٠، وللضرورة تعريفات متقاربة المعنى عند أسلافنا الفقهاء، منها ما ذكره أبو بكر الجصاص عند الكلام عن المخمصة فقال : "الضرورة هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل "، راجع : أحكام القرآن لأحمد بن علي الرازي الجصاص، جـ١ ، صـ١٥٠ ، طبعة دار إحياء التراث العربي — بيروت — ١٤٠٥هـ، وبمثل ذلك قال البزدوي : معنى الضرورة في المخمصة " أنه لو امتنع عن التناول يخاف تلف النفس أو العضو"، كشف الأسرار، لفخر الإسلام علي بن محمد البزدوي المتوفى سنة ٤٨٢هـ ، جـ٤، صـ١٥١٨ ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

وعند المالكية: أن الضرورة هي " الخوف على النفس من الهلاك علماً أي قطعاً أو ظناً أو هي خوف الموت ، ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت ، وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظناً، القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزي صـ ١٧٣ ، طبعة دار الفكر — بيروت — ١٤١٥هـ

وقال الشافعية: "من خاف من عدم الأكل علي نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً أو زيادته أو طول مدته أو خوف ضعف عن مشي أو ركوب ولم يجد حلالاً يأكله ووجد محرماً لزمه أكله، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، جـ٤، صـ٣٠٦ ، طبعة دار الفكر — بيروت.

وقال الحنابلة: "فَإِنَّ الضَّرُورَةَ الْمُبِيحَةَ، هِيَ الَّتِي يَخَافُ التَّلَفَ بِهَا إنْ تَرَكَ الْأَكْلَ"، المغني، لابن قدامة، جـ٨، صـ٥٩٥، وعرفها الشيخ محمد أبو زهرة بأنها هي: "الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور أو يخشى ضياع ماله كله، أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره "، أصول الفقه، للشيخ محمد أبو زهرة ، صـ٤٣، ٣٦٢ ، طبعة دار الفكر العربي ، القاهرة لسنة ١٤١٧ هـ — ١٩٩٧م، وقال الشيخ مصطفى الزرقا : الضرورة أشد دافعاً من الحاجة ، فالضرورة هي : " ما يترتب على عصيانها خطر ، كما في الإكراه الملجيء وخشية الهلاك جوعاً"، المدخل الفقهي العام، للشيخ/ مصطفى الزرقا، جـ١ ، صـ ٦٠٣، طبعة مكتبة الحياة — دمشق — طبعة ثامنة ١٣٨٣هـ — ١٩٦٤م.

(٢) الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي، د/ وهبة الزحيلي، الطبعة الثالثة ١٩٨٢م صـ٦٠.

وجه الدلالة

أن الله ﷻ ينهى عن إلقاء النفس إلى التهلكة، وترك التداوي والمعالجة يؤدي إلى هلاك النفس الذي نهى الله –تبارك وتعالى– عنه[1] لأن الحق في العلاج من الأمور المقررة في الفقه الإسلامي بل إن الامتناع عن العلاج بدون وجه ، إذا ما ترتب عليه مفسدة للنفس، أو للبدن فإن هذا الامتناع يدخل في دائرة التأثيم فالمتنع عن العلاج آثم في حق نفسه، بإيرادها موارد التهلكة المنهي عنها شرعاً بالآية الكريمة[2].

والأخذ بفعل التداوي من الأشياء المؤدية للمحافظة على النفس من الهلاك، فعلم جوازه[3].

قوله تعالى:﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾ (النساء من آية ٢٩).

وجه الدلالة

في الآية الكريمة نهي المولى –عز وجل– عن قتل الإنسان لنفسه[4] بأي وسيلة مفضية إلى هلاكه وترك التداوي والمعالجة مما يتناوله النهي عن قتل النفس وإهلاكها. ويظهر هذا جلياً في ترك التداوي في الحالات الخطيرة كأمراض القلب والكبد وغيرها.

---

(١) اختلف المفسرون –رحمهم الله– في معنى "التهلكة" في الآية الكريمة على ستة أقوال ذكرها ابن العربي وغيره، انظر: أحكام القرآن، لمحمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، تحقيق علي محمد البجاوي دار المعرفة – بيروت جـ١ صـ١١٦، وقد بني الاستدلال من الآية الكريمة على القول بعمومها وهو ما رجحه طائفة من المفسرين ومنهم: ابن جرير الطبري، وذلك بناء على القاعدة القائلة: بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ينظر: جامع البيان للطبري جـ٢ صـ١١٨، وتفسير ابن كثير جـ١ صـ٢٣٥– ٢٣٦.

(٢) أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، أستاذنا الدكتور. مصطفى محمد عرجاوي ، صـ٢٣.

(٣) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، د/ محمد خالد منصور صـ١٩.

(٤) أختلف المفسرون في معنى "قتل النفس" في الآية الكريمة على ثلاثة أقوال:

<u>الأول:</u> لا تقتلوا أهل ملتكم ، <u>والثاني:</u> لا يقتل بعضكم بعضا ، <u>والثالث:</u> لا تقتلوا أنفسكم بفعل ما نهيتم عنه ، ورجح ابن العربي المالكي القول الثالث، وهو الذي بني عليه الاستدلال من الآية الكريمة مع بيان أن المعاني المتقدمة كلها صحيحة ، "أحكام القرآن" لابن العربي جـ١ صـ٤١١ ، وينظر هذه الأقوال : جامع البيان في تفسير القرآن، لابن جرير الطبري جـ٥ صـ٢٣ ، وتفسير القرآن العظيم، لابن كثير جـ١ صـ٤٩٠ .

وقد احتج عمرو بن العاص ﷺ بهذه الآية حين امتنع عن الاغتسال بالماء البارد لما أجنب في غزوة ذات السلاسل خوفاً على نفسه منه ، فأقرّ النبي ﷺ احتجاجه ، وضحك عنده ، ولم يقل شئ[1].

- لذلك فإن التداوي والمعالجة من الأمور التي أباحها الله تعالى، وذلك لأمره بعدم قتل النفس والسعي في إهلاكها[2].

ثانياً: من السنة

وردت أحاديث كثيرة عن الرسول ﷺ تدل صراحة وضمناً على جواز الجراحة الطبية ومشروعيتها وسوف نعرض لهذه الأحاديث خلال السطور القادمة.

أحاديث دلت صراحة على جواز الجراحة ومنها:

(١) أحاديث الحجامة ومنها:

أ – حديث ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ احْتَجَمَ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ وَاسْتَعَطَ[3].

ب– حديث جابر بن عبدالله ﷺ أنه عاد مريضاً ثُمَّ قَالَ: لَا أَبْرَحُ حَتَّى تَحْتَجِمَ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ ﷺ يَقُولُ: " إِنَّ فِيهِ شِفَاءً"[4].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي جـ ٥ صـ١٠٣ .

(٢) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، د/ محمد خالد منصور صـ١٩، وينظر نفس المعنى فضيلة أ.د/ مصطفى محمد عرجاوي، في بحثه، نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، حيث جعل فضيلته من قبيل الهدم المعنوي للنفس المعصومة ترك التداوي حتى يستشري المرض، ويستفحل فيقضي على صاحبه المتنع عن تعاطي ما أمر به الطبيب المسلم الحاذق لمداواة المرض بأسباب تؤدي بإرادة الله ومشيئته إلى الشفاء أو المعافاة" صـ٥٩.

(٣) صحيح البخاري، الجامع الصحيح، للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصطفى البابي الحلبي، كتاب: الإجارة، باب: خراج الحجام حديث رقم ٢١١٧ ، ٢١١٨ ، وكتاب: الطب، باب: السعوط حديث رقم ٥٢٥٩، جـ٤، صـ٦، وصحيح مسلم، للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري، طبعة الحلبي، كتاب: السلام، باب: لكل داء دواء واستحباب التداوي، حديث رقم ١٢٠٢، جـ٢، صـ٧٩٦.

(٤) صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: الحجامة من الداء، حديث رقم ٥٢٦٤، جـ٤، صـ١١.

ج- حديث أنس بن مالك ﷺ وفيه أن النبي ﷺ قال: " إِنَّ أَمْثَلَ مَا تَدَاوَيْتُمْ بِهِ الْحِجَامَةُ وَالْقُسْطُ الْبَحْرِيُّ ...."[1]

د- حديث ابْنِ عَبَّاس ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ احْتَجَمَ وَهُوَ مُحْرِمٌ وَاحْتَجَمَ وَهُوَ صَائِمٌ"[2]

هـ - حديث عبدالله بن عباس ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ احْتَجَمَ فِي رَأْسِهِ[3]

و - حديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ: " إِنْ كَانَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَدْوِيَتِكُمْ خَيْرٌ فَفِي شَرْبَةِ عَسَلٍ أَوْ شَرْطَةِ مِحْجَمٍ أَوْ لَذْعَةٍ مِنْ نَارٍ وَمَا أُحِبُّ أَنْ أَكْتَوِيَ"[4]

وجه الدلالة من هذه الأحاديث الشريفة

بالنظر في هذه الأحاديث الشريفة نجد أنها نصت على مشروعية التداوي بالحجامة وفعلها، والحجامة تقوم على شق موضع معين من الجسم وشرطه، لمص الدم الفاسد واستخراجه، فتعتبر أصلاً في جواز شق البدن واستخراج الشئ الفاسد من داخله، سواء كان عضواً، أو كيساً مائياً، أو ورماً، أو غير ذلك[5] إلى جانب أنها أجازت للحجام —الجراح— أخذ أجر مقابل عمله.

(٢) حديث جَابِرٍ ﷺ قَالَ: "بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ طَبِيبًا فَقَطَعَ مِنْهُ عِرْقًا ثُمَّ كَوَاهُ عَلَيْهِ-[6]

---

(١) صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب الحجامة من الداء، حديث رقم ٥٢٦٣، جـ٤، صـ١٠. والقسط البحري: هو أحد نوعي العود الهندي وهو الأبيض منه، والثاني: القسط الهندي وهو الأسود. انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، ط المطبعة الخيرية الطبعة الأولى ١٣١٩هـ، جـ١٠، صـ١٤٨ .

(٢) صحيح البخاري، كتاب: الصوم، باب: الحجامة والقئ للصائم، حديث رقم ١٨٠٢ ، ١٨٠٣ وكتاب: الطب، باب: أي ساعة يحتجم، حديث رقم ٥٢٦١ ،جـ٤، صـ٩، وباب: الحجم في السفر والإحرام، حديث رقم ٥٢٦٢،، جـ٤، صـ١٠، وصحيح مسلم، كتاب: الحج، باب: جواز الحجامة للمحرم، حديث رقم ٢٠٨٧ ، ٢٠٨٨، جـ٢، صـ٢٧.

(٣) صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: الحجامة على الرأس، حديث رقم ٥٢٦٥، جـ٤، صـ١١.

(٤) صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: الحجامة من الشقيقة والصداع، حديث رقم ٥٢٦٧، جـ٤، صـ١٧، وصحيح مسلم، كتاب: السلام، باب: لكل داء دواء واستحباب التداوي، حديث رقم ٢٢٠٥، جـ٤، صـ١٨.

(٥) تعتبر الحجامة في العصر الحديث نوعاً من الجراحة الطبية الصغرى ، حيث يجري استعمالها في علاج التطورات الالتهابية المختلفة في الدم فتساعد على نقص ضيق التنفس والآلام بتأثيرها على التطورات الالتهابية ، وأعراض الردود في الرئتين.

ينظر: الجراحة الصغرى، د/ رضوان بابولي ، ود/ أنطون دولي صـ٢٤ ، منشورات جامعة حلب ، كلية حلب ١٤٠٧هـ، مشار إليه في: أحكام الجراحات الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ٥٨.

(٦) صحيح مسلم، كتاب: السلام، باب: لكل داء دواء واستحباب التداوي، جـ٤، صـ٢١.

وجه الدلالة

أن النبي ﷺ أقر الطبيب على قطعه للعرق وكيه، وقطع العرق ضرب من العلاج الجراحي، وهو مستخدم في الجراحة الطبية الحديثة، حيث يتم قطع موضع من العروق في حال انسدادها، أو وجود آفة تستدعي قطع جزء منها[(١)].

فالتداوي كما يكون بقطع العروق وإجراء الجراحة يكون بقفل الأوعية النازفة بطريق من الطرق مثل الكي، أو الضغط عليها بأنبوب معين كما في نزيف المرئ[(٢)].

(٣) حديث الربيع بنت معوذ[(٣)] –رضي الله عنها– قالت" كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ نَسْقِي وَنُدَاوِي الْجَرْحَى وَنَرُدُّ الْقَتْلَى إِلَى الْمَدِينَةِ"[(٤)].

(٤) حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: " كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَغْزُو بِأُمِّ سُلَيْمٍ وَنِسْوَةٍ مِنْ الْأَنْصَارِ مَعَهُ إِذَا غَزَا فَيَسْقِينَ الْمَاءَ وَيُدَاوِينَ الْجَرْحَى"[(٥)].

---

(١) من أمثلة ذلك ما يحدث في جراحة القلب ، حيث يتم علاج الانسدادات الشريانية المزمنة مثل (تصلب الشرايين)، والخثار الشرياني الحاد ، والناسور الشرياني الوريدي الحاد بالجراحة ، ينظر: جراحة القلب والأوعية الدموية، د/سامي القباني، مطبعة جامعة دمشق ١٤٠١هـ صـ٩٥ ، ١١٢ ، ١١٣ .و الجراحة العامة، لمجموعة من الأطباء، مطبعة الإنشاء سوريا ١٣٩٩هـ . مشار إليه في "أحكام الجراحات الطبية" د/ محمد الشنقيطي صـ٥٩.

(٢) أحكام التداوي والحالات الميئوس منها وقضية موت الرحمة، د/ محمد علي البار، دار المنارة للنشر والتوزيع، صـ٢٠ .

(٣) هي: الربيع بنت معوذ بن عفراء بن حرام بن جندب الأنصارية النجارية من بني عدي بن النجار، توفيت عام ٤٥هـ – ٦٦٥م، صحابية من ذوات الشأن في الإسلام، بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعة الرضوان، تحت الشجرة، وصحبته في غزواته، وقد زارها النبي صلى الله عليه وسلم صبيحة عرسها صلة لرحمها، وكان النبي صلى الله عليه وسلم كثيرا ما يغشى بيتها فيتوضأ ويصلي ويأكل عندها، عاشت إلى أيام معاوية، وقيل توفيت في خلافة عبدالملك سنة بضع وسبعين رضي الله عنها.انظر: الأعلام ، لخير الدين الزركلي، ط دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة، ١٩٨٠م، جـ٣، صـ١٥، وسير أعلام النبلاء، للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفى ٧٤٨هـ ، ١٣٧٤م، ط مؤسسة الرسالة، الطبعة التاسعة، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م، جـ٣، صـ١٩٨، والإصابة في معرفة الصحابة، لابن حجر العسقلاني، جـ٨، صـ٧٩.

(٤) صحيح البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: مداواة النساء الجرحى في الغزو، حديث رقم ٢٦٦٩، جـ٢، صـ١٥٠.

(٥) صحيح مسلم، بشرح النووي، كتاب: الجهاد والسير، باب: غزوة النساء مع الرجال، حديث رقم ٣٣٧٥، جـ١٢، صـ١٨٨، كما ورد عن أم عطية الأنصارية قالت: "غَزَوْتُ مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبْعَ غَزَوَاتٍ أَخْلُفُهُمْ فِي رِحَالِهِمْ فَأَصْنَعُ لَهُمْ الطَّعَامَ وَأُدَاوِي الْجَرْحَى وَأَقُومُ عَلَى الْمَرْضَى"، صحيح مسلم، كتاب: الجهاد والسير، باب: النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم والنهي، حديث رقم ٣٣٨٠، جـ١٢، صـ٢٠١.

وجه الدلالة

أن النبي ﷺ أقرهن على قيامهن بمداواة الجرحى ، فيعتبر الحديثان أصلاً في جواز الجراحة العامة وجراحة الحروب من حيث الجملة ، لاشتمال هذين النوعيين من الجراحة على نفس المهمة في الغالب[1].

(٥) حَدِيثَ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيِّ قَالَ: " لَمَّا كُسِرَتْ عَلَى رَأْسِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْبَيْضَةُ وَأُدْمِيَ وَجْهُهُ وَكُسِرَتْ رَبَاعِيَتُهُ وَكَانَ عَلِيٌّ يَخْتَلِفُ بِالْمَاءِ فِي الْمِجَنِّ وَجَاءَتْ فَاطِمَةُ تَغْسِلُ عَنْ وَجْهِهِ الدَّمَ فَلَمَّا رَأَتْ فَاطِمَةُ عَلَيْهَا السَّلَام الدَّمَ يَزِيدُ عَلَى الْمَاءِ كَثْرَةً عَمَدَتْ إِلَى حَصِيرٍ فَأَحْرَقَتْهَا وَأَلْصَقَتْهَا عَلَى جُرْحِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَرَقَأَ الدَّمُ"[2].

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ أقر فاطمة –رضي الله عنها– على فعلها المشتمل على إيقاف النزيف، فدل هذا على مشروعية التدخل الجراحي لإيقاف النزيف[3]، سواء كان ظاهراً في جسد الإنسان، كما هو الحال في كثير من صور الجراحة العامة[4]، أو كان في داخل

---

(١) تشتمل الجراحة العامة وجراحة الحروب في كثير من صورها على معالجة الجروح الداخلية والخارجية الناجمة عن فعل الحروب والمشاجرات والحوادث ، فمهمة الجراح في تلك الحالة إصلاح الوضع المتغير، كالحال في مداواة الجرحى قديماً.

ينظر: الجراحة العامة لمجموعة من الأطباء، صـ٣، ٥، ١٤، وجراحة الحرب الطارئة، (كتاب الحلف الأطلسي عن الجراحة العسكرية) ترجمة د/ ياسر الياغي ، مراجعة د/ نبيه معمر ، مؤسسة الأبحاث العربية، الطبعة الأولى ١٩٨٢م بيروت ، صـ١ ، ١٥٧ ، ١٧٦ .

(٢) صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: حرق الحصير ليسد به الدم، حديث رقم ٥٢٨٤، جـ٤، صـ١٤، ومعنى رقأ الدم أي انقطع جريانه، ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للعلامة أحمد بن محمد بن على المقري الفيومي، المتوفى سنة ٧٧٠هـ المكتبة العلمية بيروت – لبنان، جـ١، صـ٢٣٦.

(٣) يؤيد ذلك ما ذكره ابن حجر بقوله :"وَفِي هَذَا الْحَدِيثِ مَشْرُوعِيَّةُ التَّدَاوِي وَمُعَالَجَةِ الْجِرَاحِ وَاتِّخَاذِ التُّرْسِ فِي الْحَرْبِ"، ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر، كتاب: الوضوء، باب: غسل المرأة أباها بالدم، رقم ٢٣٦.

(٤) الجراحة العامة، لمجموعة من الأطباء صـ١٤٥، ١٥٧، والجراحة الصغرى" د/رضوان بايولي ، د/ أنطون دولهي، منشورات جامعة حلب ، كلية حلب ١٤٠٧هـ ، صـ٤٢–٥١ .

جسم الإنسان، كما هو الحال في بعض جراحة الأوعية الدموية في الصدر[1]، والجهاز الهضمي[2]، وهذا الحديث يعتبر أصلاً في مشروعية الجراحة العسكرية[3].

حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: "الْفِطْرَةُ خَمْسٌ الْخِتَانُ وَالِاسْتِحْدَادُ وَنَتْفُ الْإِبْطِ وَقَصُّ الشَّارِبِ وَتَقْلِيمُ الْأَظْفَارِ"[4].

وجه الدلالة

أن الرسول ﷺ قد جعل الختان من خصال الفطرة وأقره وحث عليه، والختان في حقيقته ضرب من الجراحة الطبية[5] فدل ذلك على مشروعية العمل الجراحي الطبي في الجملة[6].

أحاديث دلت ضمنياً على جواز الجراحة الطبية ومنها:

(١) حديث جَابِرٍ ﷺ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: "لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءٌ فَإِذَا أُصِيبَ دَوَاءُ الدَّاءِ بَرَأَ بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ"[7].

(٢) حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: "مَا أَنْزَلَ اللَّهُ دَاءً إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً"[8].

---

(١) من أمثلة ذلك النزيف الرئوي الذي يحدث من جراء الإصابة بالشظايا النارية ، أو بالآلات القاطعة التي يطعن بها الإنسان ، فإنها تستلزم فتح الصدر فتحة واسعة يؤمن بواسطتها السيطرة على جميع الأعضاء المصابة ، وترميمها جيدا، وإرقاء النزيف وتنظيف الجروح، واستئصال الأقسام المتهتكة وسحب الأجسام الأجنبية ثم إغلاق الصدر، ينظر : أمراض الصدر الجراحية، د/ محسن أسود ، مطبعة رياض دمشق ١٤٠٢هـ ، صـ٢٩-٣١ .

(٢) ومن أمثلتها ما يحدث في القرحة المعدية والتي ينشأ عنها النزيف، بسبب الانثقاب المفاجئ في الجدار الشرياني نتيجة التآكل أو التهتك الذي سببته القرحة في النسيج الجداري للمعدة ، ينظر : الأسس الأمراضية لأمراض جهاز الهضم، لمجموعة من الأطباء، ط الأولى ١٤٠٦هـ ، دار المأمون للتراث دمشق ، صـ١٣٦ ، والشفاء بالجراحة، د/ محمود فاعور، ط الأولى ١٩٨٦م ، دار العلم للملايين بيروت، صـ٤٤.

(٣) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٦٠ هامش ٣ .

(٤) صحيح البخاري، كتاب: الاستئذان، باب: الختان بعد الكبر ونتف الإبط، حديث رقم٥٨٢٣، وصحيح مسلم، كتاب: الطهارة، باب: خصال الفطرة، رقم ٣٧٧ ، جـ١ ، صـ١٠٥.

(٥) الموسوعة الطبية الحديثة، لمجموعة من الأطباء، ط الثانية، ١٩٧٠م، لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي بمصر، جـ٣ ، صـ٥٧٢ .

(٦) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٦٠ .

(٧) صحيح مسلم، كتاب: السلام، باب: لكل داء دواء واستحباب التداوي، حديث رقم٤٠٨٤، جـ٤، صـ٢٠.

(٨) صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، حديث رقم ٥٢٤٦، جـ٤، صـ٨.

وجه الدلالة

أن الحديثين الشريفين دلا على أنه ما من داء إلا وقد جعل الله له دواء، وهذا بلا شك يعمل على تجديد الأمل وبعث الرجاء وبث الطمأنينة في نفوس المرضى، إذ يؤكد فيه المصطفى ﷺ أن أي داء أنزله الله تعالى أنزل له علاجاً وشفاءً، وفي هذا بلا ريب تقوية لنفس المريض والطبيب في ذات الوقت، وحث مستمر على ذلك الدواء والتفتيش عليه(١) وإذا كان الأمر كذلك فإنه يشرع للإنسان أن يستعمل الدواء الذي عرف تأثيره في الداء بالعادة والتجربة، وكثير من الأمراض الجراحية يصل فيها المرض إلى درجة لا يمكن علاجه فيها، إلا بالجراحة ويحصل الشفاء بإذن الله تعالى للمريض بسبب تلك الجراحة(٢)، فدل ذلك على مشروعية التداوي والعلاج بالجراحة عند الحاجة، وتعتبر داخلة في عموم الحديث(٣).

(٣) حديث أُسَامَةَ بْنِ شَرِيكٍ رضي الله عنه قَالَ: "أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ كَأَنَّمَا عَلَى رُءُوسِهِمْ الطَّيْرُ فَسَلَّمْتُ ثُمَّ قَعَدْتُ فَجَاءَ الْأَعْرَابُ مِنْ هَا هُنَا وَهَا هُنَا فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنَتَدَاوَى؟ فَقَالَ: تَدَاوَوْا فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ دَوَاءً غَيْرَ دَاءٍ وَاحِدٍ الْهَرَمُ"(٤).

---

(١) أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ٢٠.

(٢) من أمثلة ذلك : علاج الفتوق بجميع أنواعها (الأربي، والفخذي، والسرة، والخط الأبيض ، والجروح)، فكل هذه الفتوق يمكن علاجها بالجراحة، حيث يتم رد محتويات الفتق إلى موضعها، ثم يستأصل الجيب، ثم يصار بعد ذلك إلى بناء جدار البطن من جديد وتقويته بطبقات متينة كي لا يتعرض الفتق للاختناق، ينظر: الشفاء بالجراحة، د/محمود فاعور صـ١٣٣، ١٣٤، وجراحة البطن، د/ لطفي اللبابيدي، د/ محمد الشامي، مطبعة الجاحظ، دمشق ١٤٠١هـ، صـ٢٣– ٦٥.

(٣) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٦١ .

(٤) سنن أبي داود، كتاب: الطب، باب: في الرجل يتداوى، حديث رقم ٣٣٥٧ ، جـ٢، صـ٣٣١، وسنن الترمذي، كتاب: الطب، باب: ما جاء في الدواء والحث عليه، حديث رقم ١٩٦١، وقال أبو عيسى (هذا حديث حسن صحيح)، جـ٣، صـ٢٥٨، وسنن ابن ماجة، كتاب: الطب، باب: ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، حديث رقم ٣٤٢٧، جـ٢، صـ١١٣٧، ومسند الإمام أحمد، كتاب أول مسند الكوفيين، باب حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه، رقم ١٧٧٢٦ .

وجه الدلالة

أن هؤلاء الصحابة -ﷺ- سألوا النبي -ﷺ- عن التداوي فأجابهم النبي -ﷺ- بجوازه وندبهم إليه بقوله " تَدَاوَوْا " وهذا اللفظ عام، فيشمل التداوي بالعقاقير كما يشمل التداوي بالجراحة[1].

ثالثاً: دليل مشروعية الجراحة الطبية من الإجماع

بالنظر في أقوال الفقهاء نجد أنها تدل على مشروعية التدخل الجراحي، طالما أن ذلك يؤدي إلى إنقاذ النفوس من الهلاك، وإذا كان الفقهاء القدامى لم يكن موجود لديهم نماذج الجراحة الموجودة في العصر الحديث ، إلا أنهم قد عرفوا جراحات أخرى[2] ، أباحوها طلباً لتحصيل الفائدة المترتبة عليها وهي التداوي، والذي تعتبر مشروعيته ليست محل تردد أو شك عند جمهور الفقهاء[3].

قال الإمام ابن رشد "الجد"[4] -رحمه الله-: "لا اختلاف أعلمه في أن التداوي -بما عدا الكي- بالحجامة وقطع العروق، وأخذ الدواء مباح في الشريعة غير محظور"[5].

(١) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٦١ ، والأمر يقتضي الوجوب ولكن العلماء صرفوا الأمر إلى الندب والحثّ لورود أحاديث أخرى صحيحة تفيد إباحة عدم التداوي، ينظر : أحكام التداوي والحالات الميئوس منها وقضية موت الرحمة، د/ محمد علي البار ، صـ ٣٠ وما بعدها .

(٢) منها : قطع العروق ، والحجامة ، وبتر الأعضاء ، انظر تفصيل ذلك: أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٦٢ وما بعدها.

(٣) رد المحتار على الدر المختار، والمسماة حاشية ابن عابدين، للعلامة محمد بن عابدين، المطبعة العامرة سنة ١٣٥٧هـ، جـ٥ صـ٢٨٣ ، والشرح الكبير، للدسوقي جـ٢ صـ١٠٣ ، والأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٨٥، والروض المربع بشرح زاد المستنقع، للعلامة منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١هـ ط٨ – دار الكتب العلمية بلبنان ، جـ٢ صـ٢٥٦، ٢٥٧ .

(٤) هو الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجد) ولد -رحمه الله- بقرطبة عام ٤٥٠ هـ ، ونشأ بها ، وتلقى العلم على فقهاء الأندلس وعلمائها ، وكان مالكي المذهب ، ويعتبر من كبار فقهاء الأندلس وأئمتها ، توفي -رحمه الله- بقرطبة عام ٥٢٠ هـ ، ومن مؤلفاته : البيان والتحصيل ، والمقدمات الممهدات ، ينظر : الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، للإمام إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون صـ ٢٧٨ ، ط الأولى سنة ١٣٥٠هـ ، مطبعة الفجالة بمصر ، وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية، للشيخ محمد بن محمد مخلوف، صـ١٢٩ ، ط بالأوفست عن الطبعة الأولى بالمطبعة السلفية سنة ١٣٤٩هـ ، دار الكتاب العربي بيروت .

(٥) المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات، لابن رشد جـ٣ ، صـ٤٦٦ ، ط الأولى، مطبعة السعادة بمصر .

وقد نص الشيخ أحمد بن زروق المالكي[1] –رحمه الله– على ذلك أيضاً فقال: "وأما الفصد والكي فلا خلاف في جوازهما"[2].

ومما يؤكد إجماع السلف الصالح على مشروعية التداوي بالجراحة في عصورهم الماضية ما وقع للإمام التابعي الجليل عروة بن الزبير بن العوام[3]–رحمه الله تعالى– فيما رواه أبو نعيم[4] –رحمه الله– بسنده عن الزهري[5] قال: "وقعت في رجل عروة الأكلة، قال: فصعدت إلى ساقه، فبعث إليه الوليد[6] الأطباء، فقالوا: ليس لها دواء إلا القطع، قال: فقطعت، فما تضور وجهه"[7].

فهذه الواقعة وقعت لإمام من الأئمة البارزين المعروفين، واشتهرت في زمانه وما بعده، ومع ذلك فلم ينكر أحدُ من أهل العلم –رحمهم الله– على هذا الإمام الجليل فعله، بل نجدهم ينصون في كتبهم على جواز فعل هذه الجراحة الطبية عند الحاجة إليها.

---

(١) هو الشيخ أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرلسي، الفاسي المالكي الشهير بزروق، ولد –رحمه الله– بفاس سنة ٨٤٦هـ، وهو فقيه، محدث توفي –رحمه الله– بتكرين في طرابلس المغرب سنة ٨٩٩هـ وله مؤلفات منها: شرح مختصر خليل في فروع الفقه المالكي، واغتنام الفوائد، ينظر: معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة، مطبعة الترقي بدمشق سوريا، سنة ١٣٧٧هـ، جـ١ صـ١٥٥.

(٢) شرح زروق على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للشيخ أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المتوفى سنة ٨٩٩هـ، جـ٢ صـ٤٠٩، مطبعة الجمالية سنة ١٣٣٢هـ.

(٣) هو الإمام أبو عبدالله عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد القرشي، يلتقي مع النبي ﷺ في جده قصي بن كلاب، وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعن أبيها، وكان عروة أحد فقهاء المدينة السبعة المشهورين، وروى عن خالته عائشة رضي الله عنها ولد –رحمه الله– سنة ٢٢ من الهجرة، وتوفي بالفرع من قرى المدينة سنة ٩٣ من الهجرة وقيل ٩٤، ينظر: وفيات الأعيان وأنباء الزمان، للإمام أبي العباس شمس الدين أحمد بن أبي بكر بن خلكان، ط الأولى بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٦٧هـ، جـ٢ صـ٤١٨–٤٢١.

(٤) هو الحافظ أبو نعيم أحمد بن عبدالله بن إسحاق بن موسى الأصبهاني الشافعي، ولد –رحمه الله– سنة ٣٣٦هـ وقيل ٣٣٤، وكان محدثاً، مؤرخاً، وتوفي بأصبهان سنة ٤٣٠هـ، وله مؤلفات منها: حلية الأولياء، ودلائل النبوة، والمستخرج على الصحيحين، ينظر: معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ١ صـ٢٨٢، ٢٨٣.

(٥) هو الإمام أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري، ولد –رحمه الله– سنة ٥١هـ، كان إماماً في الحديث وروايته، وهو شيخ مالك وابن عيينة وغيرهما، كتب عمر بن عبدالعزيز –رحمه الله– إلى الآفاق: "عليكم بابن شهاب فإنكم لا تجدون أحداً أعلم بالسنة الماضية منه"، توفي –رحمه الله– في رمضان سنة ١١٤هـ، ينظر: وفيات الأعيان، لابن خلكان، جـ٣ صـ٣١٧–٣١٩.

(٦) هو الوليد بن عبدالملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية، الخليفة الأموي ولد –رحمه الله– سنة ٥٠هـ وبويع له بالخلافة بعد وفاة أبيه عبدالملك بعهد منه سنة ٨٦ هـ، بنى المسجد النبوي ووسعه، والجامع الأموي، وفتح الهند والسند والأندلس، ودخلت الجيوش الإسلامية في عهده إلى الصين توفي –رحمه الله– في سنة ٩٦ هـ، ينظر: البداية والنهاية، لابن كثير جـ٩ صـ١٦١، ١٦٦.

(٧) حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، للحافظ أبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني، ط. الأولى بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٥١ هـ، جـ٢ صـ١٧٩، ومعنى "فما تضور وجهه": أي لم يتغير.

وقد عرف المسلمون في العصور التي ازدهرت فيها البلاد الإسلامية نماذج كثيرة من الجراحة، وكانت تجرى للناس من قبل الأطباء[١]، بل ألف علماء الطب المسلمون كتبهم المشتملة على عدد كبير من الجراحات الطبية[٢]، ومع ذلك فإننا لم نجد من أنكر عليهم ذلك لا في عصرهم ولا فيما بعده من العصور إلى يومنا هذا، ولو وجد لنقل إلينا، لأن الدواعي الموجبة للعناية بنقله متوفرة، وأهمها حاجة الناس إلى بيان حكم الشرع في هذه الأمور، وحرصهم على التحذير منها لو كانت محرمة[٣].

---

(١) ينظر: الطب الإسلامي، د/ أحمد طه، ط دار القافلة بمصر، صـ ٥٣-٦٤ ، ودراسات في تاريخ العلوم عند العرب، حكمت نجيب عبدالرحمن، ط الرابعة، ١٩٨٥م، جامعة الموصل. صـ ٦٩، ٧٠ ، وفضل علماء المسلمين على الحضارة الغربية، د/عز الدين فراج، ط دار الفكر العربي، ١٣٧٨هـ، صـ ٢٤٣-٢٥١ ، والطب عند العرب والمسلمين تاريخ ومساهمات، د/ محمود الحاج قاسم، ط الأولى، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ١٤٠٧هـ، صـ ١٠٥-١٧١ .

(٢) من تلك المؤلفات : كتاب الحاوي لمحمد بن زكريا الرازي ، والتصريف لمن عجز عن التأليف، للزهراوي، والاستقصا والإبرام في علاج الجراحات والأورام ، لمحمد بن علي القربلياني.

(٣) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٦٣.

المطلب الثاني

نظرة الفقه الإسلامي لجراحة الكبد

بعد أن تكلمت عن أحكام الجراحة الطبية بصفة عامة، وظهر جليًا أن الشريعة الإسلامية أباحت الجراحة الطبية، من أجل المحافظة على النفس، ورعايتها، وصيانتها، فإنه ينبغي أن ألقي الضوء على جراحة الكبد بصفة خاصة، لأنها هي مناط دراستي، ولذا فإنني خلال السطور التالية سوف أتعرض للاتجاهات الفقهية في عمليات نقل وزراعة الكبد بين الأحياء، وقد انقسم الفقه الإسلامي في هذه المسألة إلى اتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: ويرى أنصاره عدم مشروعية عمليات نقل وزراعة الكبد بصفة خاصة، والأعضاء بصفة عامة فيما بين الأحياء.[1]

---

(1) ومن هؤلاء الفقهاء المحدثين الذين قالوا بعدم مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأحياء في فقه الشريعة:

- د/ مصطفى عبد الله الهمشري، بنوك الأعضاء ورأي الإسلام فيها، من مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية، صـ219 وما بعدها.
- د/ وهبه الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، طبعة 1982م، صـ81، وإن كان قد أجازها من جثث الموتى.
- د/ عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء من منظور إسلامي، (دراسة مقارنة)الطبعة الأولى، دار المنار، القاهرة 1988م.
- د/ عبد الرحمن النجار، نقل الكلى وموقف الإسلام منها، المجلة الجنائية القومية، القاهرة، العدد الأول 1978م.
- الشيخ / إبراهيم اليعقوبي، شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء، الطبعة الأولى، مكتبة الغزالي، دمشق 1986م.
- حسن بن علي السقاف، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، جمعية المطابع التعاونية بالأردن، الطبعة الأولى، 1409هـ 1989م.
- فضيلة الشيخ / محمد متولي الشعراوي، الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها ؟، مجلة اللواء الإسلامي، العدد 26، جماد الآخرة 1407هـ، وفتوى فضيلته بجريدة الأهرام بتاريخ 1989/2/4م.
- د/ عبد الفتاح محمود إدريس، في بحثه: حكم التداوي بالمحرمات، بحث فقهي مقارن، الطبعة الأولى 1414هـ - 1993م.
- د/ صفوت حسن لطفي، أستاذ التخدير بطب القاهرة، في مقال له بصحيفة الشرق القطرية عدد 1690 الصادر في جمادى الأولى لسنة 1419هـ بعنوان: أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء.
- د/ مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى 1993م.
- د/ جاد الرب رمضان جمعه في مخطوط من إملاء فضيلته على طلاب الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة عام 1994م، مشار إليه في مفهوم الموت وزراعة الأعضاء، د/ جودة بسيوني صـ79.
- د/ محمد نور الدين مربو بنجر المكي، آراء العلماء حول قضية نقل الأعضاء، دار الحقيقة للإعلام الدولي، الطبعة الأولى 1995م.
- العلامة / أبي الفضل عبد الله بن محمد بن الصديق الغماري الحسني، تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام، دار مصر للطباعة.

وقد توقف أصحاب هذا الاتجاه عند ظواهر النصوص الواردة في الشريعة الإسلامية سواء أكانت في الكتاب، أو السنة، أو في كتب الفقهاء القدامى، دون البحث في فحواها أو مغزاها.(١)

ودون البحث في علل الأوامر والنواهي الواردة في تلك النصوص، كالتي تتعرض لطبيعة وتكييف حق الشخص على أعضاء جسمه.(٢)

وأغفلوا اعتبارات التضامن والتعاون على البر، وتفريج الكروب، وإغاثة الملهوف، والإيثار الذي يكون فيما يتعلق بالنفوس(٣).

وقد اعتبر هؤلاء الفقهاء أن عملية نقل الأعضاء (الكبد) من شخص إلى آخر هو من باب إلقاء النفس في المهالك، والتي نهى الشارع عنها بقوله تعالى:﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (البقرة: من آية ١٩٥)، وقوله:﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾

(النساء من آية ٢٩)، مع أنه في الحقيقة أن هذه العمليات تحكمها ضوابط وشروط محددة مستنبطة من القواعد الكلية، أو النصوص الواردة في المصادر المختلفة لأحكام الشريعة، وكل ما ينبغي علينا هو التوفيق بين النصوص وفهمها على النحو الذي يحقق المراد منها، وهو ما نبه إليه ابن القيم(٤) بقوله "لو أعطيت النصوص حقها لارتفع أكثر النزاع من العالم، ولكن خفيت النصوص وفهم منها خلاف مرادها وتسليط الإرادة عليها".(٥)

---

(١) انظر في تفصيل ذلك: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/ محمد زين العابدين طاهر، رسالة دكتوراه، ١٩٨٦م، صـ١٢٠.

(٢) ينظر: الموافقات في أصول الشريعة، للإمام إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي، ط بيروت، تعليق الشيخ عبدالله دراز، جـ٢ صـ٣٧٥، وقواعد الأحكام جـ١ صـ٩٩.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ١١١، والأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ١٢٩.

(٤) هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي أبو عبد الله شمس الدين أحد كبار العلماء، مولده ووفاته بدمشق، ولد سنة ٦٩١ هـ تتلمذ على يد شيخ الإسلام ابن تيمية، هذب كتب شيخ الإسلام وانتصر لها، وكان محبوبا عند الناس، شجاعا في الحق، واسع المعرفة عالما بالخلاف، ومذاهب السلف، وأوذي في سبيل حرية الرأي والجهر بالحق، توفي رحمه الله سنة ٧٥١ هـ . ينظر : شذرات الذهب في أخبار من ذهب، للشيخ عبدالحي بن العماد الحنبلي، جـ٦، صـ١٦٨، نشر مكتبة القدسي بمصر سنة ١٣٥٠هـ ، البداية والنهاية في التاريخ، للحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، جـ١٤، صـ ٢٤٦، مطبعة السعادة بمصر عام ١٣٥٨هـ

(٥) مفتاح دار السعادة، لابن القيم، جـ٣ صـ٤٩، ط حديثة.

أدلة هذا الرأي:

استدل أصحاب هذا الاتجاه القائلون بعدم جواز زراعة الأعضاء (الكبد) بمجموعة من الأدلة تتلخص في الآتي:

أولاً- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ ﴾ (البقرة: من آية ١٩٥)..

وجه الدلالة:

تدل هذه الآية على تحريم إلقاء النفس في مظان التهلكة بتلف أو إضعاف من غير مصلحة مقصودة شرعًا غير مرجوحة،[١] ونزع جزء من بدن الحي لزرعه في غيره قد يؤدي إلى إتلاف المتبرع، أو إضعافه لا محالة ولو في المستقبل البعيد، كما أن قطع العضو من نفسه الموجب لإزالة منفعته فرد من أفراد ما يؤدي إلى الهلاك والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب على حد ما ذكره علماء الأصول.[٢]

قوله تعالى: ﴿ وَمَن يُبَدِّلْ نِعْمَةَ ٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُ فَإِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴿٢١١﴾ ﴾ (البقرة: من آية ٢١١)

وجه الدلالة:

أن المولى سبحانه وتعالى توعد من يبدل النعمة التي منحها الله إياه بأن له عقاب شديد[٣]، وهل هناك من نعمة أحسن من الصحة والعافية، والتبرع بالأعضاء قد يعرض هذه الصحة إلى الانهيار وبالتالي ينطبق عليه المقصود من الآية الكريمة.

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾ (النساء من آية ٢٩).

---

(١) وقد ذهب المفسرون إلى أن المقصود من التهلكة في الآية ، هو ترك النفقة في سبيل الله ، أو ترك الجهاد والانشغال بالإقامة في الأهل والمال، انظر في تفصيل ذلك : تفسير القرآن العظيم، لابن كثير القرشي الدمشقي ، تحقيق : سامي بن محمد سلامة، الناشر : دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة : الثانية ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩ م، جـ١، صـ٥٢٧ وما بعدها ، وجامع البيان في تأويل القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، تحقيق، أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة،الطبعة : الأولى ، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م،جـ٣ ،صـ٥٨٨ وما بعدها.

(٢) نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، د/ عبدالسلام السكري، صـ١٠٧.

(٣) وتبديل النعمة يكون بكفرها، أو إبدالها كفرا، انظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، طبعه دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان ١٩٨٥م، جـ٣، صـ٢٨ ، وجامع البيان في تأويل القرآن، للطبري ، جـ٤، صـ٢٧٣.

وجه الدلالة:

أن الله قد نهى عن قتل النفس،[1] وبتر العضو منها لغير مصلحتها، قد يؤول إلى قتلها، وبالتالي يقع الشخص في المحظور.

قوله تعالى ﴿ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ ﴾ (النساء: من آية ١١٩).

وجه الدلالة:

أن هذه الآية تدل على حرمة التغيير في خلق الله تعالى، وكذلك قطع سائر أعضائهم في غير حد ولا قود،[2] وتشمل أيضًا خصاء العبيد الذي كان يفعله الخلفاء بعبيدهم ليدخلوا على نسائهم[3]، وكل هذا تغير لخلق الله تشمله الآية الكريمة.[4]

كما أن نقل الأعضاء فيه تغيير في خلق الله فهو داخل في عموم هذه الآية ويعتبر من المحرمات لذلك.[5]

قوله تعالى ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ (المائدة: من آية ٤٥).

---

(1) والنهي عن قتل النفس يستدعي اتخاذ كافة الوسائل المكنة للمحافظة على النفس من الهلاك ، وقد أحتج عمرو بن العاص بهذه الآية حين أمتنع من الاغتسال بالماء البارد حين أجنب في غزوة ذات السلاسل خوفا على نفسه منه، فقرر النبي ﷺ احتجاجه وضحك عنده ولم يقل شيئا، انظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٥ ،صـ١٥٧، وتفسير القرآن العظيم ، لابن كثير، جـ٢ صـ٢٧٠ .

(2) انظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٥ ،صـ٣٩١.

(3) ويدخل في ذلك فعل كل ما نهى الله عنه: من خِصَاءِ ما لا يجوز خصاؤه، ووشم ما نهى عن وشمه وَوَشْره، وغير ذلك من المعاصي، انظر : جامع البيان في تأويل القرآن، للطبري ، جـ٩ ، صـ٢٢٢، ولم يختلفوا أن خصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز، لأنه مثلة وتغيير لخلق الله تعالى، وكذلك قطع سائر أعضائهم في غير حد ولا قود، انظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٥ ،صـ٣٩١.

(4) عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، د/ سميرة عابد دياب، صـ٨٧.

(5) الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، لحسن بن علي السقاف، صـ١٥، ١٦، والموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٤٣.

وجه الدلالة:

أن الآية الكريمة أعطت لجوارح الإنسان من الحرمة ما أعطته لنفسه،[١] وفي ذلك تكريم للجسد وتخويف من الاعتداء عليه أو إيذائه بدون وجه حق.

قوله تعالى ﴿ ۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ ﴾ (الإسراء: من آية ٧٠).

وقوله عز وجل ﴿ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ أَحْسَنُ ٱلْخَٰلِقِينَ ﴿١٤﴾ ﴾ (المؤمنون: من آية ١٤).

وقوله جل شأنه ﴿ ٱلَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّىٰكَ فَعَدَلَكَ ﴿٧﴾ ﴾ (الانفطار: آية ٧).

وجه الدلالة:

دلت هذه الآيات على تكريم الله للآدمي، وانتزاع العضو منه مخالف لذلك التكريم سواء في حال الحياة أو بعد الموت.[٢]

قوله تعالى: ﴿ ثُمَّ لَتُسْـَٔلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ ٱلنَّعِيمِ ﴿٨﴾ ﴾ (التكاثر: من آية ٨).

وجه الدلالة:

قيل أن النعيم هو الأمن والصحة والعافية،[٣] وهذه النعم مما يسأل الإنسان عن شكرها يوم القيامة من النعيم فيقول له: ألم نصح لك جسدك؟[٤]

---

(١) انظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٦ ،صـ١٩١ وما بعدها. وجامع البيان في تأويل القرآن، للطبري، جـ١٠، صـ٣٦١، وتفسير القرآن العظيم ، لابن كثير، جـ٣ صـ١٢١.

(٢) الإمتاع والاستقصاء، لحسن السقاف، صـ٢٨، ٢٩، ونقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ عبد السلام السكري، صـ١١٥، والموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٤٢.

(٣) انظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٢٠ ،صـ١٧٦. وجامع البيان في تأويل القرآن، للطبري ، جـ٢٤، صـ٥٨٢، وتفسير القرآن العظيم ، لابن كثير، جـ٨ صـ٤٧٤.

(٤) قال أبو هريرة قال رسول الله ﷺ "إنَّ أولَ ما يُسْأَلُ عَنْهُ العَبْدُ يَوْمَ القِيَامَةِ مِنَ النَّعِيمِ أنْ يُقَالَ لَهُ: أَلَمْ نُصِحَّ لَكَ جِسْمَكَ، وَنُرْوِ مِنَ الماءِ البارِدِ" ؟ انظر: سنن الترمذي ، من باب ألهاكم التكاثر، قَالَ أَبُو عِيسَى هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ، رقم ٣٣٥٨، وينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٢٠ ،صـ١٧٧. وجامع البيان في تأويل القرآن، للطبري، جـ٢٤ صـ٥٨٥.

فصحة الإنسان وعافيته من نعم الله تعالى التي تستوجب الشكر لا الكفر والمحافظة لا التضييع بالتبرع أو بالبيع.[1]

ثانياً: من السنة:

١- حديث أبو هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ فَحَدِيدَتُهُ فِي يَدِهِ يَتَوَجَّأُ بِهَا فِي بَطْنِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيهَا أَبَدًا وَمَنْ شَرِبَ سَمًّا فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَحَسَّاهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيهَا أَبَدًا وَمَنْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَرَدَّى فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيهَا أَبَدًا".[2]

٢- حديث عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ قَالَ: رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَطُوفُ بِالْكَعْبَةِ وَيَقُولُ: " مَا أَطْيَبَكِ وَأَطْيَبَ رِيحَكِ مَا أَعْظَمَكِ وَأَعْظَمَ حُرْمَتَكِ وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَحُرْمَةُ الْمُؤْمِنِ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ حُرْمَةً مِنْكِ مَالِهِ وَدَمِهِ وَأَنْ نَظُنَّ بِهِ إِلَّا خَيْرًا".[3]

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ نهي في الحديث الأول عن قتل النفس، ونزع جزء من الكبد قد يؤدي إلى الموت، فيكون من باب قتل النفس وإلقائها في المهالك، وهو منهي عنه بنص الحديث السابق.

كما دل الحديث الثاني على أن نفس الإنسان ليست ملكًا له، وإنما هي أمانة من الله خلقها، وأوجد فيها من دقيق الخلق وجليلة ما يتمكن به من عبادته سبحانه، وعمارة الأرض التي استخلفه فيها، وبالتالي فليس من حقه التصرف فيها أو الإضرار بها.

---

(١) عمليات نقل وزرع الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، مرجع سابق، صـ٨٧.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الإيمان ، باب غلظ تحريم قتل الإنسان لنفسه، جـ١، صـ١١٨، ط. دار الكتب العلمية بيروت، وصحيح البخاري، كتاب الطب، باب شرب السم والدواء به وما يخاف منه والخبث، جـ٣، صـ١١٧٤، طبعة دار البيان العربي، الأولى سنة ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م.

(٣) سنن ابن ماجه ، كتاب الفتن ، باب حرمة دم المؤمن وماله ، حديث رقم ٣٩٣٢، جـ٤، صـ٣٥٩، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الأولى سنة ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، تحقيق/ محمود محمد نصار.

٣- حديث أسماء بنت أبي بكر قالت: سَأَلَتْ امْرَأَةٌ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنَتِي أَصَابَتْهَا الْحَصْبَةُ[١] فَامَّرَقَ شَعَرُهَا وَإِنِّي زَوَّجْتُهَا أَفَأَصِلُ فِيهِ فَقَالَ: "لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمَوْصُولَةَ".[٢]

• **وجه الدلالة:**

دل هذا الحديث على أنه من أصيب بداء فقد بسببه عضوًا من أعضائه أو جزءًا من أجزاء بدنه، ليس له أن يكمل هذا النقص بعضو أو جزء من شخص آخر وأن هذا النوع من التداوي غير جائز وملعون فاعله، لأن الحديث دل على حرمة انتفاع المرأة بشعر غيرها، وهو جزء من ذلك الغير، فيعتبر أصلاً في المنع من الانتفاع بأجزاء الآدمي ولو كان ذلك الانتفاع غير ضار بالمأخوذ منه.[٣]

وعلة ذلك أنه تغيير لخلق الله وفيه مثلة، وهي محرمة بالاتفاق، وتصرف للإنسان فيما لا يملك فضلاً عن منافاته لكرامة الآدمي[٤].

٤- حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ﴿لَمَّا هَاجَرَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى الْمَدِينَةِ هَاجَرَ إِلَيْهِ الطُّفَيْلُ بْنُ عَمْرٍو وَهَاجَرَ مَعَهُ رَجُلٌ مِنْ قَوْمِهِ فَاجْتَوَوْا الْمَدِينَةَ فَمَرِضَ فَجَزِعَ فَأَخَذَ مَشَاقِصَ لَهُ فَقَطَعَ بِهَا بَرَاجِمَهُ فَشَخَبَتْ[٥] يَدَاهُ حَتَّى مَاتَ فَرَآهُ الطُّفَيْلُ بْنُ عَمْرٍو فِي مَنَامِهِ فَرَآهُ وَهَيْئَتُهُ حَسَنَةٌ وَرَآهُ مُغَطِّيًا يَدَيْهِ فَقَالَ لَهُ مَا صَنَعَ بِكَ رَبُّكَ فَقَالَ غَفَرَ لِي بِهِجْرَتِي إِلَى نَبِيِّهِ ﷺ فَقَالَ مَا لِي أَرَاكَ مُغَطِّيًا يَدَيْكَ قَالَ قِيلَ لِي لَنْ نُصْلِحَ مِنْكَ مَا أَفْسَدْتَ فَقَصَّهَا الطُّفَيْلُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اللَّهُمَّ وَلِيَدَيْهِ فَاغْفِرْ﴾[٦]

---

(١) الحصبة هي بثر يخرج بالجسد ويقال هي الجدري، ينظر المصباح المنير للفيومي، جـ١ صـ١٣٨.

(٢) صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب الموصولة، حديث رقم ٥٩٤١، جـ٣، صـ١١٩٨، وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة، جـ١٤، صـ١٠٢.

(٣) قضايا فقهية معاصرة، للشيخ محمد برهان الدين السنبهلي، ط. الأولى ، دار القلم دمشق ودار العلوم بيروت. ١٩٨٨م، صـ٦١، ٦٢.

(٤) عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سمير عابد دياب، صـ٨٩.

(٥) المشاقص : جمع مشقص وهو السهم الذي فيه نصل عريض، والبراجم رؤوس السلاميات من ظهر الكف إذا قبض الشخص كفه نشزت وارتفعت، ومعنى تشخبت يداه : أي جرى دمها، انظر المصباح المنير للفيومي جـ١ صـ٤٢، ٣٠٦، ٣١٩.

(٦) صحيح مسلم، كتاب الإيمان ، باب الدليل على أن قاتل نفسه لا يكفر، جـ٢، صـ١٣٠، ١٣١.

وجه الدلالة:

أفاد الحديث أن من تصرف في عضو منه بتبرع أو غيره، فإنه يبعث يوم القيامة ناقصًا منه ذلك العضو عقوبة له، لأن قوله: " لَنْ نُصْلِحَ مِنْكَ مَا أَفْسَدْتَ " لا يتعلق بقتل النفس وإنما يتعلق بجرح براجمه وتقطيعها[1].

حديث ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ﴿ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ ﴾.[2]

وجه الدلالة:

أن قطع العضو من شخص للتبرع به لآخر فيه إضرار محقق بالشخص المقطوع منه[3] فيكون داخلاً في عموم النهي، ومحرم فعله[4].

قال المناوي[5] — رحمه الله — في شرحه لهذا الحديث: وفيه تحريم سائر أنواع الضرر إلا بدليل، لأن النكرة في سياق النفي تعم".[6]

وقال العلامة ابن الأثير[7] في النهاية " لا ضرر أى يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه والضرار فقال من الضرر: أى لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه "[8].

---

(١) الإمتاع والاستقصاء، لحسن السقاف، صـ٩٢٠، ونقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ عبدالسلام السكري، صـ١١١.

(٢) أخرجه الإمام مالك في موطأه عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلا جـ ٢صـ٧٤٥ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق، ورواه الإمام أحمد في مسنده، كتاب مسند بني هاشم ، باب بداية مسند عبدالله بن العباس جـ صـ٣٢٧، وابن ماجة في "سننه"، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه لا يضر بجاره، وقال في إسناده انقطاع لأن إسحاق بن الوليد الذى حدث عن عبادة بن الصامت لم يدرك عباده، جـ١ صـ٧٨٤.

(٣) ينظر: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زراعة الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٤٤.

(٤) نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ عبدالسلام السكري، صـ١١٩.

(٥) هو: محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين ابن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، زين الدين: من كبار العلماء بالدين والفنون، انزوى للبحث والتصنيف، وكان قليل الطعام كثير السهر، فمرض وضعفت أطرافه، فجعل ولده تاج الدين محمد يستملي منه تآليفه، له نحو ثمانين مصنفا، منها الكبير والصغير والتام والناقص، عاش في القاهرة، وتوفي بها عام ١٠٣١هـ ، ١٦٢٢م، انظر: الأعلام للزركلي جـ٦، صـ٢٠٤، معجم المؤلفين، الناشر، مكتبة المثنى، بيروت دار إحياء التراث العربي بيروت، جـ١٠، صـ١٦٦

(٦) فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، للعلامة محمد عبد الرؤوف المناوي، ط دار الكتب العلمية بيروت – لبنان الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ ، ١٩٩٤ م، جـ٦ صـ٥٥٩.

(٧) هو: المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم ابن عبد الواحد الشيباني، الجزري ، الشافعي، المعروف بابن الأثير الجزري (مجد الدين، أبو السعادات) عالم، اديب، ناثر، مشارك في تفسير القرآن والنحو واللغة والحديث والفقه وغير ذلك، ولد ونشأ في جزيرة ابن عمر، في أحد الربيعين سنة أربع وأربعين وخمس مئة،وانتقل إلى الموصل، وأصيب بالنقرس فبطلت حركة يديه ورجليه، ولازمه هذا المرض إلى أن توفي في إحدى قرى الموصل، من تصانيفه: النهاية في غريب الحديث، جامع الأصول في أحاديث الرسول، الإنصاف في الجمع بين الكشف والكشاف، انظر: الأعلام للزركلي جـ٥، صـ٢٧٢، سير أعلام النبلاء، للذهبي، جـ٢١، صـ٤٨٨، معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٨، صـ١٧٤.

(٨) النهاية في غريب الحديث للإمام أبو السعادات مبارك بن محمد جـ٣ صـ ٨١، تحقيق محمود محمد الطناحى ، طاهر أحمد الزواوى ، الطبعة الأولى ، مطبعة عيسى الباب الحلبى ١٣٨٣ هـ – ١٩٦٢ م.

ويقول الإمام الشاطبى[١] تعليقا على هذا الحديث " أنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى فإن الضرر والضرار مبثوث[٢] منعه في الشريعة الإسلامية كلها في وقائع جزئيات وقواعد كليات ومنه النهى عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض وعن الغصب والظلم وكل ما هو في معنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته الجنايات على النفس أو العقل أو النسل أو المال فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مراء فيه ولا شك "[٣].

٥- حديث جابر بن عبد الله ﷺ أن النبي ﷺ قال لرجل ﴿ ابْدَأْ بِنَفْسِكَ فَتَصَدَّقْ عَلَيْهَا فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ فَلِأَهْلِكَ فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَهْلِكَ شَيْءٌ فَلِذِي قَرَابَتِكَ فَإِنْ فَضَلَ عَنْ ذِي قَرَابَتِكَ شَيْءٌ فَهَكَذَا وَهَكَذَا﴾.[٤]

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ قد وضع أساس الترتيب في القسمة فأرشد إلى أن يبدأ بنفسه، ثم زوجته وأولاده، ثم ذي القرابة، فلا يجب أن يؤثر أحدًا على نفسه، فإذا كان هذا في النفقات فمن باب أولى ألا يتلف الشخص نفسه، لإحياء غيره مهما كانت الضرورة إلى ذلك، ونحن مأمورون بإتباع المنصوص عليه شرعًا.[٥]

ثالثًا: دليلهم من القواعد[٦] الفقهية:[٧]

"الضرر لا يزال بالضرر".[٨]

---

(١) الإمام الشاطبي هو: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي أصولي حافظ من أهل غرناطة ، كان من أئمة المالكية ، من أشهر ما ألف الموافقات ، والاعتصام في أصول الفقه ، وكانت وفاته في سنة ٧٩٠ هـ . راجع : الأعلام، للزركلي، جـ١، صـ ٧٥.

(٢) البث : تقول بث الله الخلق أى خلقهم – المصباح المنير. صـ٢٤ ، مادة بث والمعنى أن أصل الضرر والضرار خلقنا الله ، وفطرنا على منعه ، وعدم حدوثه.

(٣) الموافقات، للإمام الشاطبى، جـ٣صـ٨.

(٤) صحيح مسلم ، كتاب: الزكاة، باب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، جـ٢ صـ٤٠٣.

(٥) نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ عبدالسلام السكري، صـ١١٩، وأحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٤٢.

(٦) القاعدة لغة : هي الأساس وتجمع على قواعد كقواعد البيت أساسه ، المصباح المنير، صـ ٢٦٣ مادة قعد، مختار الصحاح، صـ ٥٤٤ مادة قعد .

والقاعدة اصطلاحاً : فهي قضية كلية تنطبق على جميع جزئياتها أو هي قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها ، أو هي حكم محلى ينطبق على جزئياته ليتعرض أحكامها منه .

الأشباه والنظائر، للإمام السيوطى جـ ١، صـ١٨ ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ .

(٧) انظر في عرض ذلك: أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٤٣.

(٨) الأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٨٦، والأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٨٧.

"الضرر لا يزال بمثله".[1]

وجه الدلالة:

أن هاتين القاعدتين تتضمنان المنع من إزالة الضرر بمثله، وذلك موجود في مسألتنا، حيث يزال الضرر عن الشخص المنقول إليه بضرر آخر يلحق الشخص المتبرع.[2]، وقد علق الإمام السبكي[3] على هذه القاعدة بقوله: " هي كعائد يعود على قولهم الضرر يزال ولكن لا بضرر فشأنهما شأن الأخص مع الأعم بل هما سواء لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال"[4].

"ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا، فلا".[5]

وجه الدلالة:

يستدل القائلون بعدم جواز زراعة الأعضاء بهذه القاعدة على أساس أن القائلين بالجواز متفقون على أن الأعضاء الآدمية لا يجوز بيعها، وقد دلت القاعدة على أن ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته، إذن فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية لا من حي لمثله في حال الحياة ولا بعد الممات.[6]

---

(١) شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد بن محمد الزرقا، ط دار الغرب الأولى، سنة١٤٠٣هـ تحقيق د/ عبدالستار أبوغدة، صـ١٤١، وقواعد الفقه، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، سلسلة مطبوعات لجنة النقابة والنشر والتأليف، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٧هـ، صـ٨٨.

(٢) ينظر: قضايا فقهية معاصرة، للشيخ محمد برهان الدين السنبهلي، صـ٦١، ومفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورات العلاجية في ضوء الشريعة الإسلامية ، د/جودة عبدالغني بسيوني ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا ، العدد الخامس عشر ، الجزء الأول ١٤٢٢هـ – ٢٠٠٢م ، صـ٧٢، ٧٣.

(٣) هو الإمام: تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي الأنصاري الشافعي، أبو نصر: قاضي القضاة، المؤرخ، الباحث، ولد في القاهرة، عام (٧٢٧هـ ، ١٣٢٧م) وانتقل إلى دمشق مع والده، فسكنها وتوفي بها،عام (٧٧١هـ ، ١٣٧٠م) نسبته إلى سبك (من أعمال المنوفية بمصر) وكان طلق اللسان، قوي الحجة، انتهى إليه قضاء في الشام، قال عنه ابن كثير: جرى عليه من المحن والشدائد ما لم يجر على قاض مثله، من تصانيفه: طبقات الشافعية الكبرى والوسطى والصغرى، ومعيد النعم ومبيد النقم، والإبهاج في أصول الفقه، ينظر: الأعلام للزركلي، جـ٤، صـ١٨٤، معجم المؤلفين، جـ٢صـ٣٤٣، شذرات الذهب، جـ٦صـ٢٢١..

(٤) الأشباه والنظائر، للإمام تاج الدين عبد الوهاب السبكي، جـ١، صـ٤١ . ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، تحقيق عادل عبد الموجود وعلى معوض.

(٥) المنثور في القواعد، للزركشي، جـ٣، صـ٢٣٨.

(٦) انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان أخر حياً أو ميتاً د/ حسن لشاذلي صـ٧٥، من بحوث مجمع الفقه الإسلامي عام ١٩٨٧م.

رابعاً: استشهادهم بأقوال الفقهاء المتقدمين –رحمهم الله[(١)].

فقهاء الحنفية:

١- قال ابن عابدين[(٢)] –رحمه الله– "وإن قال له آخر: أقطع يدي وكلها لا يحل لأن لحم الإنسان لا يباح في الاضطرار"[(٣)].

٢- قال ابن نجيم[(٤)] –رحمه الله– "ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر، ولا شيئاً من بدنه"[(٥)].

٣- قال الكاساني[(٦)] –رحمه الله– "أما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلاً فهو قتل المسلم بغير حق سواء كان الإكراه ناقصاً أو تاماً..... وكذا قطع عضو من أعضائه.... ولو أذن له المكره عليه..... فقال للمكره: أفعل ، لا يباح له لأن هذا مما لا يباح بالإباحة"[(٧)].

---

(١) ذكر هذه الأقوال من كلام الفقهاء : د/ محمد الشنقيطي ، أحكام الجراحة الطبية صـ٢٤٣ ، ود/ عبدالسلام عبدالرحيم السكري ، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، صـ١٢٤ وما بعدها ، ود/ محمد برهان السنبهلي ، قضايا فقهية معاصرة، صـ٦٢ .

(٢) هو الإمام محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين ، ولد –رحمه الله– بدمشق سنة ١١٩٨هـ وكان فقيهاً أصوليا، وتوفي بدمشق سنة ١٢٥٢هـ ، ومن مؤلفاته : رد المحتار على الدر المختار، وعقود اللآلئ حاشية نسمات الأسحار في الأصول ، ينظر معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٩ صـ ٧٧.

(٣) حاشية ابن عابدين، جـ٥ صـ ٢١٥.

(٤) هو: الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد المصري الشهير بابن نجيم ، فقيه ، أحد الأعلام الثقات في العلم والتقوى في القرن العاشر الهجري، وكان من مفاخر الديار المصرية، من مؤلفاته: فتح الغفار في شرح المنار، وله تعليق على الهداية، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ، وشرح منار الأنوار في الأصول ، والأشباه والنظائر، ينظر: الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو، جـ٣، صـ٢٧٥، ٢٧٦، ط١، دار الرفاعي للنشر، الرياض، سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م، ومعجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٤ صـ١٩٢.

(٥) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ١٢٤.

(٦) هو: الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود أحمد الكاساني، أحد فقهاء الحنفية المشهورين، توفي –رحمه الله– بحلب سنة ٥٨٧ هـ وله مصنفات منها : السلطان المبين في أصول الدين، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ينظر: معجم المؤلفين لعمر كحالة جـ٣ صـ ٧٥ ، ٧٦ .

(٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الأولى مطبعة الجمالية – ١٣٢٨هـ – ١٩١٠م، جـ٧ صـ ١٧٧.

٤- وقال صاحب مجمع الأنهر "وتكره معالجة الجراحة بعظم إنسان أو خنزير، لأنها محرم الانتفاع بها".(١)

٥- وجاء في الفتاوى الهندية "ولا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة، أو بقرة، أو بعير، أو فرس، أو غيره من الدواب، إلا عظم الخنزير والآدمي، فإنه يكره التداوي بهما".(٢)

٦- وقال ابن عابدين -رحمه الله- "والآدمي محترم شرعاً، ولو كان كافراً، فإيراد العقد عليه وابتذاله به، وإلحاقه بالجمادات، إذلال له، وهو غير جائز وبعضه في حكمه".(٣)

وقال أيضاً: "ويبطل بيع رجيع آدمي، وكل ما انفصل عنه كشعر وظفر لأنه جزء الآدمي، ولذا وجب دفنه".(٤)

(ب) **فقهاء المالكية:**

١- قال ابن جزي(٥) -رحمه الله- "ولا يجوز التداوي بالمحرمات، كما لا يجوز أكل المضطر ابن آدم".(٦)

٢- وقال صاحب جواهر الإكليل في شرحه "والمنصوص المعول عليه: عدم جواز أكل الآدمي الميت، ولو كان كافراً لمضطر لأكل الميتة ولو مسلماً لم يجد غيره، إذ لا تنتهك حرمة الآدمي لآخر".(٧)

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، للشيخ عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخ زادة، دار إحياء التراث العربي بلبنان – بدون تاريخ، جـ٢، صـ٥٢٣.

(٢) الفتاوى الهندية، لجماعة من علماء الهند، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي ببيروت – لبنان، جـ٥ صـ٣٥٤.

(٣) حاشية ابن عابدين، جـ٥ صـ٥٨.

(٤) حاشية ابن عابدين، جـ٥ صـ٥٨، جـ٨ صـ٣٨٥.

(٥) هو: الإمام أبو القاسم محمد بن أحمد بن عبدالرحمن بن يوسف بن سعيد بن جُزَيّ، ولد -رحمه الله- في ربيع الأول عام ٦٩٣هـ وهو من فقهاء المالكية، وترجم له الحضرمي بقوله "كان رجلا ذا مروءة كاملة متقناً ذا أخلاق فاضلة، وديانة، وعفة، وطهارة، وشهرته ديناً وعلماً عن التعريف به، له جملة تأليف في غير فن وبرنامج لا بأس به" قتل شهيداً -رحمه الله- ينظر: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، للشيخ أحمد أقيت التنبكتي ط الأولى مصر سنة ١٣٥١هـ صـ٢٣٩.

(٦) قوانين الأحكام الشرعية، لابن جزي، ط دار العلم للملايين بيروت – لبنان، صـ١٩٤.

(٧) جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للشيخ صالح عبدالسميع الأبي الأزهري، مطبعة الحلبي البابي، جـ١ صـ١١٧.

(ج) فقهاء الحنابلة:

١- قال الإمام ابن قدامة(١) –رحمه الله– " فإن لم يجد المضطر شيئاً لم يبح له أكل بعض أعضائه ..... وإن لم يجد إلا آدمياً محقون الدم لم يبح له قتله إجماعاً ، ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان أو كافراً ، لأنه مثله فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلافه وهذا لا خلاف فيه...... وإن وجد معصوماً ميتاً لم يبح أكله". (٢)

٢- وقال البهوتي(٣) –رحمه الله–: "فإن لم يجد المضطر إلا آدمياً محقوق الدم لم يبح له قتله، ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان المحقوق أو كافراً ذمياً أو مستأمناً، لأن المعصوم الحي مثل المضطر فلا يجوز له إبقاء نفسه بإتلاف مثله". (٤)

٤- وقال أيضاً: "فإن لم يجد (أي المضطر) شيئاً مباحاً، ولا محرماً، لم يبح له أكل بعض أعضائه، لأنه يتلفه لتحصيل ما هو موهوم". (٥)

٥- وقال في موضع آخر: "ولا يجوز التداوي بشئ محرم، أو بشئ فيه محرم، كألبان الأُتُن(٦)، ولحم شئ من المحرمات، ولا يشرب مسكراً لقوله ﷺ "ولا تداووا بحرام". (٧)

---

(١) هو: الإمام أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، موفق الدين، ولد –رحمه الله– بجماعيل بالشام في سنة ٥٤١ هـ ، وكان إماماً في فنون عديدة، وهو شيخ الحنابلة في عصره، وله مصنفات منها : المغني، والكافي، والمقنع، توفي –رحمه الله– سنة ٦٢٠ هـ. ينظر: ذيل طبقات الحنابلة، للإمام زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي، مطبعة السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٧٢هـ ١٩٥٢م، بتصحيح / محمد حامد الفقي، جـ٢ صـ١٣٣– ١٤٢ ، الأعلام، للزركلي، جـ٤، صـ٦٧.

(٢) المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة، ط الثانية ، مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٦هـ، جـ١١ صـ٧٩.

(٣) هو الشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن إدريس البهوتي ، ولد –رحمه الله– سنة ١٠٠٠هـ وهو من أجلاء فقهاء الحنابلة –رحمهم الله– وتوفي بالقاهرة سنة ١٠٥١هـ، وله مؤلفات منها: كشاف القناع، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى، والروض المربع، ينظر : معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ١٣ صـ٢٢، ٢٣.

(٤) كشاف القناع، للشيخ منصور البهوتي، مطبعة أنصار السنة المحمدية ، ١٣٦٦هـ، ١٩٤٧م، جـ٦ صـ١٩٩ .

(٥) كشاف القناع، للبهوتي، جـ٦ صـ١٩٨.

(٦) الأتانُ الحِمارةُ والجمع آتُنٌ مثل عَناق وأَعْنُق وأُتُنٌ وأُتْنٌ أنشد ابن الأعرابي: "وما أُبَيِّنُ منهمُ غيرَ أنَّهمُ هُمُ الذين غَذَتْ من خَلْفِها الأُتُنُ"، انظر: لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، الناشر: دار صادر – بيروت، الطبعة الأولى، جـ١٣، صـ٦.

(٧) كشاف القناع، للبهوتي، جـ٦ صـ٢٠٠ .

د ـ فقهاء الظاهرية:

قال الإمام ابن حزم الظاهري[1] -رحمه الله- "وكل ما حرم الله ﷻ من المآكل والمشارب من خنزير، أو صيد حرام، أو ميتة، أو دم، أو لحم سبع طائر... ونحو ذلك، فهذا كله حلال عند الضرورة،حاشا لحوم بني آدم، وما يقتل من تناوله،فلا يحل من ذلك شئ أصلاً لا بضرورة ولا بغيرها".[2]

فهذه النصوص من عبارات الفقهاء الأعلام -رحمهم الله- تدل دلالة واضحة على أن الانتفاع بأعضاء الآدمي لا يجوز شرعاً في حالة الضرورة، وأنه لو أذن الإنسان بأخذ شئ من جسده لكي ينتفع به فينجو من الهلاك في حالة الاضطرار، فإنه لا يحل له فعل ذلك، وأن التداوي بالمحرمات "ومنها لحوم الآدمي محرم شرعاً".[3]

خامساً ـ أدلة عقلية على عدم جواز نقل وزراعة الأعضاء:

أن التصرف في جسم الإنسان إلى أخر هو من قبيل التصرفات التي لا تجوز، وذلك لأنه إذا كان بدون إذن فهو اعتداء وخيانة مستوجبة للقصاص أو الدية بلا خلاف، وإن كان بإذن المنقول منه فهو تصرف فيما لا يملك، لأن الإنسان لا يملك جسده ولا أعضاءه، ومن شروط صحة التبرع أن يكون الإنسان مالكًا للشيء المتبرع به، أو مفوضًا في ذلك من قبل المالك الحقيقي، والإنسان ليس مالكًا للأعضاء، بل هي ملك خالص لله سبحانه وتعالى[4]، ولا مفوضًا فيها، لأن التفويض يستدعي الإذن له بالتبرع،

---

(١) هو: الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأموي ينتهي نسبه إلى صخر بن حرب بن أمية جد بني أمية، ولد -رحمه الله- بقرطبة سنة ٣٨٤هـ، وكان حافظا عالما لعلوم الحديث وفقهه، شاعراً أديبا، اعتمد مذهب داود بن علي الظاهري، توفي -رحمه الله- في رجب سنة ٤٧٩هـ، وله مصنفات منها، المحلى، والفصل في الملل والنحل، ومراتب الإجماع، ينظر : وفيات الأعيان، لابن خلكان جـ٣ صـ١٣، ١٧ ، ومعجم الأدباء، للشيخ شهاب الدين ياقوت بن عبدالله الحموي الرومي، طبعة دار المأمون بمصر، سنة ١٣٥٧هـ صـ٢٣٥-٢٥٧ .

(٢) المحلى، لابن حزم الظاهري، جـ٨ صـ١٣٤.

(٣) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ٢٤٧، وينظر في تفصيل ذلك : نقل الأعضاء بين الطب والدين، د/ مصطفى محمد الذهبي ، دار الحديث ، القاهرة الطبعة الأولى ١٩٩٣م ، وآراء العلماء حول قضية نقل الأعضاء، د/ محمد نور الدين مربو بنجر المكي ، دار الحقيقة للإعلام الدولي ، الطبعة الأولى ١٩٩٥م ، وأسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ صفوت لطفي حسن، وتعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام، للعلامة أبي الفضل عبدالله بن محمد بن الصديق الغماري الحسني ، دار مصر للطباعة ، والإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، لحسن بن علي السقاف، جمعية المطابع ، الطبعة الأولى ١٩٨٩م ، وحكم التداوي بالمحرمات، د/ عبدالفتاح محمود إدريس، الطبعة الأولى ١٩٩٣م ، جامعة الأزهر .

(٤) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٤٤.

وذلك غير موجود[1] **نثبت بهذا** عدم صحة تبرعه بأعضائه، لعدم وقوع ذلك التبرع على الوجه الشرعي.[2]

أن درء المفاسد مقصود شرعًا، وفي التبرع مفاسد عظيمة تربو على مصالحه، إذ فيه إبطال لمنافع الجسم المنقولة، مما قد يؤدي إلى الهلاك، أو على الأقل إلى التقاعس عن أداء العبادات والواجبات[3]، كما أن نقل عضو من المتبرع فيه إيلام له وتعذيب.[4]

أن الأصل في نفس الإنسان وأعضائه التحريم وأن تبقى في أجسام أصحابها وأن نقلها إلى شخص آخر يجعلها لشخصين، والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم بِمَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴾ (النور: آية ٢٤) ولو لم تكن أعضاؤهم المعادة هي نفسها التي كانت لهم في الدنيا لم يبق لشهادتها عليهم أي معنى، فلمن تعاد الأعضاء لصاحبها الأصلي أم للمنقول إليه؟[5]

أن نتائج نقل الأعضاء لازالت موهومة، وبالتالي تؤدي هذه العمليات إلى وجود شخصين مصابين بدلاً من واحد.[6]

أن إباحة نقل الأعضاء تؤدي إلى شيوع التجارة والارتزاق بالأعضاء وهناك حوادث كثيرة في الهند ومصر وتركيا ودول أمريكا اللاتينية وقد نشرتها أجهزة الإعلام المختلفة[7] والدالة على وجود هذه التجارة الرهيبة بمخاطرها ومزالقها ومفاسدها، و"درء المفاسد

---

(1) نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ السكري، صـ١٠٧، وقضايا فقهية معاصرة، للسنبهلي، صـ٦٧، وانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيًا أو ميتًا، د/ حسن الشاذلي، صـ٧١.

(2) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٤٢.

(3) نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ عبدالسلام السكري، صـ١١٠.

(4) الموقف الفقهي والأخلاقي من زراعة الأعضاء د/ محمد علي البار، صـ١٤٢.

(5) المرجع السابق، صـ١٤٣.

(6) المرجع السابق، صـ١٤٥.

(7) ومن ذلك ما نشرته صحيفة الشرق الأوسط في ١٩٨٩/١٢/٣م أن طفلة عمرها ٤ سنوات من أهل بيروت اختفت وبعد خمسة أيام عثر عليها ومعها مبلغ من المال وبالكشف عليها تبين أنها أخضعت لعملية جراحية تم خلالها استئصال كليتها اليمنى، كما نشرت الشرق الأوسط اليومية العدد ٢٧٥٤ في ١٤٠٦/١٠/٧هـ وصحيفة خبك الأردية الباكستانية (راوليندي) في ١٩٨٥/١٠/١٨م صـ٦ قصصًا عن عصابات في الهند تخطف الأطفال وتقتلهم للحصول على أعضائهم، ونشرت الشرق الأوسط في ١٩٨٦/٨/١٩م قصة أخرى ونشرت الأهرام بتاريخ ١٩٨٧/١١/٤م تحت باب أخبار قصيرة ما يلي (الأطفال، قطع غيار). ونشرت صحيفة الأخبار بتاريخ ١٩٨٧/١١/٢٠م خبر عن عصابة متخصصة في سرقة الأطفال، كما نشرت الأهرام بتاريخ ١٩٨٧/٨/٢٦م تحقيقا مطولاً بعنوان "سوق الكلى في مصر من يبيع ومن يشتري". لمزيد من التفاصيل، راجع د/ البار — الموقف الفقهي والأخلاقي صـ٨٩٠ — ٩٩٥.

مقدم على جلب المصالح"، فالأولى قفل هذا الباب الذي يؤدي إلى مفاسد عظيمة وربما أدى إلى قتل النفوس وإزهاق الأرواح أو تسبب في عاهات وأمراض وبيلة لمن تنقل منهم الأعضاء كما أن المنقول إليهم لا يسلمون من الابتزاز المالي، ولا من الأمراض الخطيرة مثل مرض الإيدز والتهاب الكبد الفيروسي، وقد حدثت ١٤ حالة مرض الإيدز الخطير في منطقة الخليج بسبب شراء الكلى ونقلها من الهند.[١]

القياس على الأبضاع فكما لا يجوز استقطاع الأبضاع[٢] فلا يجوز استقطاع الأعضاء الآدمية بجامع كون كل منهما من أعضاء الجسد.[٣]

أن في قطع أحد الأعضاء من الآدمي إهداراً لكرامته التي أثبتها المولى تبارك وتعالى له بقوله ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾ (الإسراء: ٧٠) ولا يشغب على هذا أن فيه نفع لآدمي أخر.[٤]

الاتجاه الثاني: ويرى أنصاره مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء ومنها الكبد، وذلك متى توافرت مجموعة من الضوابط والضمانات الطبية الشرعية.

وهذا هو الاتجاه السائد في مسألة نقل وزرع الأعضاء فيما بين الأحياء وقد صدرت به مجموعة من الفتوى في عدد من المؤتمرات والمجامع والهيئات واللجان منها:

---

(١) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٤٤.

(٢) وذلك لقولهم: الأصل في الأبضاع التحريم، الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٩١، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ٦٧.

(٣) ينظر: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ عبدالسلام السكري، صـ١١٦، ١١٧، أحكام الجراحات الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٤٣.

(٤) مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية ، د/ جودة عبد الغني بسيوني، صـ٧٢.

المؤتمر الإسلامي المنعقد بماليزيا(١)، ومجمع الفقه الإسلامي(٢)، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية(٣)، ولجنة الفتوى في كل من المملكة الأردنية الهاشمية(٤)، ودولة الكويت(٥)، وجمهورية مصر العربية(٦)، والجمهورية الجزائرية.(٧)

كما أن هذا الاتجاه هو قول جمهور الفقهاء من رجال الفقه الشرعي، والكتاب المحدثين(٨) الذين يرون أن عمليات زرع الأعضاء فيما بين الأحياء قائمة على أساس

---

(١) انعقد في إبريل سنة ١٩٦٩م، وخلص إلى القول بجواز نقل الأعضاء بشرط الضرورة ونص على حرمة المتاجرة بالأعضاء الآدمية، انظر : مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢٢، عام ١٤٠٩هـ.

(٢) قرر المجمع في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من ٢٨ ربيع الآخر إلى ٧ جمادى الأولى عام ١٤٠٥هـ الموافق ١٩ – ٢٨ يناير ١٩٨٥م، القول بجواز النقل بشروط أربعة : عدم ضرر المنقول منه، وأن يكون مختارًا، وأن يتعين النقل لعلاج المرض، وأن يغلب على الظن أو يتحقق نجاح الجراحة، وقد توقف الدكتور الشيخ / بكر عبد الله أبو زيد، ولم ير الدكتور الشيخ / صالح بن فوزان الفوزان جواز النقل من الميت.

(٣) قرر مجلس الهيئة بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حي مسلم أو ذمي إلى نفسه إذا دعت الحاجة إليه، وأمن الخطر في نزعه وغلب على الظن نجاح زرعه، وقرر بالأكثرية جواز نقل عضو وجزئه من إنسان ميت إلى مسلم إذا اضطر إلى ذلك، وأمنت الفتنة في نزعه ممن أخذ منه، وغلب على الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه، كما قرر جواز التبرع إلى المسلم المضطر لذلك، قرار رقم ٩٩ بتاريخ ١٤٠٢/١١/٦هـ.

(٤) صدرت هذه الفتوى بتاريخ ١٣٩٧/٥/٢٠هـ الموافق ١٩٧٧/٥/١٨م، انظر الفتوى في: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيًا كان أو ميتًا، د/ عبد السلام داود العبادي صـ٨، من بحوث مجمع الفقه الإسلامي.

(٥) صدرت هذه الفتوى عن مكتب الإفتاء بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت وذلك برقم ٧٩/١٣٢ في ٥ صفر عام ١٤٠٠هـ، (١٩٧٩/١١/٢٤م).

(٦) مجلة الأزهر، العدد ٢٠ لسنة ١٣٩٨هـ ٧٤٢، لجنة الفتوى بالأزهر فتوى رقم ٤٩١، دار الإفتاء المصرية مسجل ٨٨ مسلسل ٢١٢ صـ٩٣، جريدة الشرق الأوسط العدد ٣٧٢٥ الأربعاء ١٩٨٩/٢/٨م، حيث نقلت فتوى مفتي الجمهورية بالجواز.

(٧) صدرت هذه الفتوى عن لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ ٦ ربيع الأول عام ١٣٩٥هـ الموافق ٢٠ إبريل ١٩٧٢م، واشترطت رضا المنقول منه ما لم يكن ميتًا فلولي الأمر الحق في أن يأذن بالنقل.

(٨) ومنهم :

– فضيلة الشيخ جاد الحق – رحمه الله – شيخ الأزهر السابق، وله مقال في المسألة بعنوان : نقل الأعضاء من إنسان لآخر، نشر في مجلة الأزهر الجزء التاسع عدد رمضان ١٤٠٣هـ، وقدم إلى المؤتمر الإسلامي العالمي المنعقد في ١٩٨٤/٣/٢٧م بالجزائر صـ٩، ونشر بمجلة منبر الإسلام العدد الرابع ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م صـ١٣٨ تحت عنوان : نقل الأعضاء ورأي الدين، كما نشر أيضًا في صورة فتوى شرعية صادرة من دار الإفتاء الشرعي المصرية في الفتاوى الإسلامية، المجلد العاشر، العدد ٣١ صـ٣٧٠٢.

– د/ عبد السلام أبوغدة : المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثاني للطب الإسلامي المنعقد بالكويت (١٩٨٢م) والمنشور بمجلة المسلم المعاصر العدد (٣٥) صـ٣٤.

– الشيخ / إبراهيم اليعقوبي في بحثه بعنوان: شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء، وقد خلص فيه إلى القول بجواز نقل العضو بستة عشر شرطًا.

– د/ أحمد شرف الدين، في بحثه المقدم للمؤتمر العالمي للطب الإسلامي المنعقد بالسعودية عام (١٩٨١م) بعنوان: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، والمنشور بمجلة المسلم المعاصر العدد (٣١) صـ١٣٩، وقوله في كتابه : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، صـ١٢٨.

#

- فضيلة الأستاذ الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي في مؤلفه: أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، حيث خلص فضيلته إلى جواز تبرع إنسان حي بجزء من جسده لا يترتب على اقتطاعه ضرر به متى كان مفيدًا لمن ينقل إليه في غالب ظن الطبيب، صـ٤٩٩.
- فضيلة أ.د/ محمد سيد طنطاوي : فتوى لفضيلته بجريدة صوت الأزهر عدد (٦٦) ٣ شوال ١٤٢١هـ، صـ٥.
- د/ بالحاج العربي بن أحمد، -أستاذ الفقه في المعهد الوطني العالي — كلية الحقوق — بوهران بالجزائر- في بحثه: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، ويرى: جواز استقطاع الأعضاء البشرية بغرض الزرع، كأن يتبرع إنسان حي بعضو أو بجزء من عضو ولكن بشرط ألا يترتب على اقتطاعه ضرر به، متى كان مفيدًا لمن ينقل إليه في غالب ظن الطبيب".

انظر: زرع الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية، مطبوعات المركز السعودي لزراعة الأعضاء ومركز الأمير سلمان الخيري لأمراض الكلى، الطبعة الثالثة.

- فضيلة أ.د / نصر فريد واصل فتوى لفضيلته صادرة عن دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٩٣/٣/١٨م صـ١ — ٧.
- د/ صالح بن غانم السدلان (جريدة الشرق الأوسط العدد ٥٤٩٣ الأحد ١٩٩٣/١٢/١٢م).
- د/ يوسف القرضاوي، فتوى لفضيلته في كتابه: الفتاوى المعاصرة، جـ٢ صـ٥٣٢ ط دار الوفاء بالقاهرة ١٩٩٣م.
- د/ رؤوف شلبي، ويرى أن الجواز مخصوص بالأحياء، أما الميت فلا يجوز النقل منه، لأنه مثله، انظر : رأيه في جريدة الشرق الأوسط العدد (٣٧٢٥) الأربعاء ١٩٨٩/٢/٨م.
- د/ عبد الجليل شلبي، ويرى أن هذا التبرع قد يصل إلى درجة الوجوب، انظر قوله في جريدة الشرق الأوسط العدد (٣٧٢٥) الأربعاء ١٩٨٩/٢/٨م.
- د/ محمود علي السرطاوي في بحثه : زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، منشور في مجلة "دراسات" الصادرة عن الجامعة الأردنية، المجلد ١٢ العدد ٣ جماد الآخر عام ١٤٠٥هـ وخلص فيه إلى القول بالجواز بشروط ستة، ويرى ضرورة إنشاء بنك للأعضاء الآدمية.
- د/ محمد زين العابدين بن طاهر في بحثه : نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وخلص فيها إلى القول بالجواز، صـ١٢٤.
- د/ محمد الشنقيطي في بحثه: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م، ويرى جواز نقل الأعضاء الآدمية من الحي والميت، ولكن بشرط أن يكون الشخص المنقول منه العضو كافرًا، انظر تفصيل ذلك صـ٢٧٠ وما بعدها.
- د/ عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: في بحثه: ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية والتشريعات العربية، صـ١٢ — ١٦.
- الشيخ عبد الله البسام، في بحثه: حول زراعة الأعضاء، والمقدم إلى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي (الدور — الثامنة ١٤٠٥هـ)، وقد أباح الزرع بشرط عدم الإضرار بالمتبرع ضررًا بالغًا وأنه لا يجوز التضحية بحياة المتبرع من أجل شخص آخر.
- الشيخ / محمد رشيد رضا قباني، في بحثه: حول زرع الأعضاء والمقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، بدورته السابعة وقد أباح الزرع بشروط أهمها عدم حصول الضرر على المتبرع.
- د/ أحمد فهمي أبو سنه بحث مقدم إلى مجمع الفقه نفس الدورة (الثانية ١٤٠٥هـ) بعنوان حكم العلاج بنقل دم الإنسان أو نقل أعضائه أو نقل أجزاء منها.
- د/ محمد فوزي فيض الله في بحثه: التصرف في أعضاء الإنسان، والمقدم إلى ندوة وزارة الصحة الكويتية "الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية" ونشرتها مجلة الوعي الإسلامي في عددها رقم (٢٧٦) ذو الحجة ١٤٠٧هـ وقد أجاز التبرع بالأعضاء من الحي بشرط عدم الإضرار بالمتبرع.
- د/ محمد سعيد رمضان البوطي، في بحثه، انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر حيًا أو ميتًا، والمقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة ١٤٠٨هـ وأجاز نقل الأعضاء من الحي بشرط أن لا يضر ذلك بالمتبرع.
- د/ جودة عبد الغني بسيوني في بحثه: مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورات العلاجية في ضوء الشريعة الإسلامية، منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الخامس عشر، الجزء الأول ١٤٢٢هـ ٢٠٠٢م صـ٨٤، وخلص إلى الجواز لنقل الأعضاء بشروط

المصلحة المشروعة التي تكفلت بمعالجة مثل هذه الوقائع التي لم تشهد لها نصوص صريحة في الشريعة[1] الأمر الذي يؤكد كمال الشريعة، ومرونتها ووفائها بحاجات الناس التي تسيطر على الفقه الإسلامي في مجموعه، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وإليها ترجع جميع طرق الاجتهاد فيما لم ينص فيه بعينه حكم من النوازل.[2]

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالكتاب والعقل والقواعد الفقهية وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدلوا بالآيات الكريمة التالية:

قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (سورة البقرة آية ١٧٣).

قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ ۚ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (سورة المائدة آية ٣).

قوله تعالى ﴿ فَكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كُنتُم بِـَٔايَٰتِهِۦ مُؤْمِنِينَ ۝ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ (سورة الأنعام آية ١١٨، ١١٩).

---

(1) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين، صـ١٢٤.
(2) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، د/ حسين حامد حسان : (المقدمة رمز ح) طبعة ١٩٧١م.

قوله تعالى ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (سورة الأنعام آية ١٤٥).

وجه الدلالة:

أن هذه الآيات الكريمة اتفقت على استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيها، والإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنه سيكون في حكم المضطر، لأن حياته مهددة بالموت كما في حالة الفشل الكبدي، والفشل الكلوي، وتلف القلب، ونحوهما من الأعضاء المهمة في جسد الإنسان، وإذا كانت حالة المريض قد بلغت هذا القدر، فإنه يدخل في عموم الاستثناء المذكور فيباح نقل ذلك العضو إليه.[١]

قوله تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (سورة المائدة آية ٣٢).

وجه الدلالة:

أن قوله سبحانه: ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾ عام يشمل كل إنقاذ من تهلكة، وعليه فإنه يدخل فيه من تبرع لأخيه بعضو من أعضائه، لكي ينقذه من الهلاك، أو يعيد إليه بصره الذي فقد نوره.[٢]

إن العمل إن خلا من الضرر يعد من باب الإذن الشرعي، الذي فيه إحياء للنفس التي أمر الله تعالى بإحيائها في الآية الكريمة ولا يخفى أن مبدأ إنقاذ النفوس من التهلكة

---

(١) شفاء التباريح والأدواء، لليعقوبي (١٩، ٢٣ — ٢٨، ٣٤) والأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٣٣، وأحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ٢٤٨.

(٢) فتوى لجنة الإفتاء بالمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ ١٣٩٢/٣/٦هـ انظر : مجلة البحوث الإسلامية، عدد (٢٢) صـ٤٧.

انظر نفس المعنى : التبرع بالكلى في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ مناع خليل القطان، منشور ضمن زرع الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية بالمركز السعودي لزراعة الأعضاء، الطبعة الثالثة، صـ٥٣.

من المبادئ التي حث عليها التشريع الإسلامي، ومن أجل ذلك شرع إغاثة المضطر، وإنقاذ الغرقى، والحرقى، والهدمى، عند غلبة الظن عند المنقذ في الإنقاذ والخلاص، مع احتمال ما قد يترتب على ذلك من هلاك المجاهد أو المنقذ.[1]

قوله تعالى ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾ (سورة البقرة من آية ١٨٥).

وقوله سبحانه ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴾ (سورة النساء من آية ٢٨).

وقوله جل وعلا ﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ ﴾ (سورة المائدة من آية ٦).

وقوله تبارك وتعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (سورة الحج من آية ٧٨).

وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة:

أنها دلت على أن مقصود الشارع التيسير على العباد لا التعسير عليهم. وفي إجازة نقل الأعضاء الآدمية تيسير على العباد، ورحمة بالمصابين والمنكوبين، وتخفيفاً للألم، وكل ذلك موافق لمقصود الشارع، بخلاف تحريم نقلها، فإن فيه حرجًا ومشقة، الأمر الذي ينافي ما دلت عليه هذه النصوص الشرعية.[2]

ثانيًا: دليلهم من القواعد الفقهية:

وقد استدل القائلون بالجواز ببعض القواعد الفقهية التي تُمثل في نظرهم جوهر الأساس للحكم الشرعي لأي تصرف مستحدث ورد على خلاف الأصل، كما هو الحال بالنسبة لعمليات نقل الأعضاء طالما كان يترتب عليها تحقيق مصلحة شرعية وخاصة إذا كانت ضرورية.[3]

---

(1) مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورة العلاجية، د/ جودة عبد الغني حسين، صـ٨١، ٨٢.

(2) شفاء التباريح والأدواء، لليعقوبي، صـ٨٤، وأحكام الجراحة الطبية د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٤٩.

(3) انظر في الاستدلال بهذه القواعد :

شفاء التباريح والأدواء، لليعقوبي، صـ٢١ وما بعدها، والتشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني، د/ بكر أبو زيد صـ١١٤ وما بعدها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، وانتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر، د/ عبدالسلام العبادي صـ٢ وما بعدها، وترقيع الأحياء بأعضاء الأموات، د/ مصطفى أحمد الزرقاء، صـ٥٠، مجلة حضارة الإسلام (دمشق) ١٣٨٥هـ ، ١٩٦٥م.، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر صـ١٥١ وما بعدها، وأحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٥١ وما بعدها.

ومن هذه القواعد:

الضرر يُزال.[1]

الضرورات تبيح المحظورات.[2]

إذا ضاق الأمر أتسع.[3]

المشقة تجلب التيسير.[4]

وجه الدلالة:

أن هذه القواعد المستنبطة من نصوص الشريعة تمثل معيار المرونة لهذه الشريعة، بل وأساسًا ومصدرًا لكل اجتهاد فقهي في مواجهة ما يجد من قضايا عصرية أو حديثة، ومصدرًا للحكم فيها[5]. على مر الأزمان والعصور، لأن الشريعة، هدى ورحمة، وأبدية وعامة[6] وقد دلت هذه القواعد على الترخيص للمتضرر بإزالة ضرره ولو بالمحظور.[7]

فالقاعدة الأولى: دلت على أن إزالة الضرر عن المتكلف مقصد من مقاصد الشريعة، كما دلت القاعدة الثانية: على أن المكلف إذا بلغ مقام الاضطرار، رخص له في ارتكاب المحظورات شرعًا، إذ الحرام لا يباشر إلا لضرورة[8] وحد الضرورة أن المضطر إذا لم يتناول المحرم هلك أو قارب الهلاك.[9]

ودلت القاعدة الثالثة والرابعة على أن بلوغ المكلف لمقام المشقة التي لا يقدر عليها يوجب التوسيع عليه في الحكم.

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ٨٥، وقواعد الأحكام جـ٢ صـ٥.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٨٣، والأشباه والنظائر، لابن السبكي الورقة صـ١٢ (مخطوطة).

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٨٤، وقواعد الأحكام، جـ٢ صـ١٨٨.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٨٣.

(٥) تاريخ التشريع الإسلامي، خصائصه وتاريخه د/ محمد مصطفى إمبابي صـ٢٤،الطبعة الأولى ، ١٩٧٧م، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/محمد زين العابدين، صـ١٥٠.

(٦) تعليل الأحكام، للشيخ/ محمد مصطفى شلبي، طبعة ١٩٤٧م، صـ٣٠٥.

(٧) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٥١.

(٨) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر صـ١٥١.

(٩) ينظر: التبرع بالكلى في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ مناع خليل القطان، بحث منشور ضمن زرع الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية إصدار المركز السعودي لزراعة الأعضاء، صـ٤٩.

وكل ذلك موجود معنا هنا، فالشخص المريض متضرر بتلف العضو المصاب، كما أن مقامه يعتبر مقام اضطرار وفيه ضيق ومشقة، إذ يصل به الحال إلى درجة خوف الهلاك والموت كما في حالتي الفشل الكبدي والكلوي.(١)

ولذلك تأتي هاتان القاعدتان في مقدمة القواعد التي يدفع بها هذا الحرج، لأن هاتين القاعدتين يتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته(٢) لقوله تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (سورة الحج الآية ٧٨).

وقوله تعالى ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ ﴾ (سورة البقرة الآية ١٨٥).

قاعدة "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما".(٣)

وجه الدلالة:

دلت هذه القاعدة على أنه إذا وقع التعارض بين مفسدتين فإننا ننظر إلى أيهما أشد فنقدمها على التي هي أخف منها، فإذا دار الأمر بين ضررين أحدهما أشد من الآخر، فإنه يتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد.(٤)

وفي مسألتنا هذه وقع التعارض بين مفسدة أخذ العضو– الكبد – من الحي (المتبرع) وحصول بعض الألم له، وبين مفسدة هلاك الحي(المريض) المتبرع له، ولا شك أن مفسدة هلاك الحي المتبرع له – المريض – أعظم من المفسدة الواقعة على الشخص

---

(١) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٥٢.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ٧٥، ٨٣، وتعليل الأحكام، للشيخ/ مصطفى شلبي، صـ٣٠٤.

(٣) انظر الاستدلال بهذه القاعدة : نقل دم أو عضو أو جزئه من إنسان لآخر، بحث للجنة الدائمة للبحوث العلمية، منشور بمجلة البحوث الإسلامية عدد ٢٢ صـ٤١، وانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر، د/ محمد سعيد البوطي صـ٧، من بحوث مجمع الفقه الإسلامي، وفتوى فضيلة الشيخ/ جاد الحق، بمجلة الأزهر، الجزء التاسع، السنة الخامسة والخمسون، عدد رمضان ١٤٠٣هـ الموافق يونيو ١٩٨٣م بعنوان "نقل الأعضاء من إنسان لآخر".

وشفاء التباريح والأدواء، لليعقوبي، صـ٢١، وأحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ٢٥٢، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر صـ١٥١، وقد نص الفقهاء على اعتبار هذه القواعد الشرعية، ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٨٩، وقواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام، جـ١ صـ٩٣ – ٩٦، والأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٨٧، والموافقات، للشاطبي جـ٢ صـ٣٥٠، وشرح القواعد الفقهية، للشيخ / أحمد الزرقاء صـ١٤٧، وقواعد الفقه، للمجددي صـ٥٦ وفي معنى هذه القاعدة "يختار أهون الشرين". ينظر : قواعد الفقه، للمجددي صـ١٤٠، وشرح القواعد الفقهية، للشيخ / أحمد الزرقاء صـ١٢٩.

(٤) نفس المعنى: مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية" د/ جودة عبد العني حسين صـ٨٣، والتبرع بالكلى في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ مناع خليل القطان، صـ٥٠.

المتبرع الحي لأنها أعظم ضررًا وأشد خطرًا.(١) وبالتالي فإنه ينبغي دفع الضرر الأشد بالأخف، أو دفع أعظم المفسدتين بأخفهما.(٢)

فزراعة الكبد أو نقلها من الإنسان الحي يؤدي إلى إنقاذ حياة مريض ميئوس من شفائه من الهلاك أي دفع ضرر أشد ومفسدة أعظم باحتمال الأخف وهو الضرر أو المشقة المشروعة – أي المعتادة – اللاحقة بالمتبرع والناجمة عن نقصان العضو(٣) (الكبد).

وذلك متى كان هذا النقل أو التبرع بالعضو لا يؤدي إلى إهدار حياة المتبرع أو تعريضه للهلاك وذلك إعمالاً للقواعد الأخرى التي تمثل ضوابط وضمانات لتطبيق القواعد السابقة في صورتها المثلى، وبالتالي ضمانات وضوابط لهذه العمليات، كما هو الحال بالنسبة لقاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"(٤) فلا ينبغي أن نقوم بإزالة الضرر الواقع على المريض بإلحاق الضرر بالمتبرع حيث لا يصح إهدار نفس من أجل أخرى لاستوائهما في العصمة.(٥)

قاعدة «أن الأحكام تتغير بتغير الأزمان».(٦)

وجه الدلالة:

أن نقل وزراعة الكبد كان قبل ترقي الطب يعتبر ضررًا وخطرًا يؤدي إلى هلاك النفس والآن بعد تقدم الطب أصبح سهلاً مأمون العاقبة بالتجربة، فوجب تغير الحكم بتغير الحال، فنقول: هو حرام حينما كان في العصور السابقة التي يغلب على الظن فيها الهلاك بعملية النقل، ويعتبر حلالاً في هذه العصور الحديثة التي أصبح فيها دواء وعلاج نافع.(٧)

---

(١) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ٢٥٢.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٨٩، وقواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام، جـ١ صـ٩٣ – ٩٦، والأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٨٧.

(٣) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ١٥٦.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٩٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٨٧.

(٥) القواعد لابن رجب، صـ٧٣.

(٦) المختارات الجلية، للشيخ / عبدالرحمن بن ناصر بن سعدي ، صـ٣٢٥، طبعة ، المدني ١٣٧٨هـ، وشفاء التباريح والأدواء، لليعقوبي، صـ٢١.

(٧) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ٢٥٢، والمختارات الجلية، لابن سعدي، صـ٣٢٥.

وقد اتفق العلماء على أنه إذا كان حكم الحادثة الجديدة، محققًا لمصلحة ضرورية للحياة البشرية، نظرًا لصلته بالدين أو بالنفس فلا شك في قبوله واعتباره حكمًا إسلاميًا صحيحًا.[1]

ومن هنا كانت هذه القواعد أيًا كانت طبيعتها مصدرًا وأساسًا لمشروعية عمليات نقل الأعضاء فيما بين الأحياء.[2]

ثالثًا: استشهادهم بأقوال الفقهاء المتقدمين ـ رحمهم الله ـ:

إن بعض الفقهاء[3] أجازوا للشخص التضحية بجزء من جسده لإنقاذ نفسه من الهلاك، وذلك إعمالاً للقواعد الكلية في الشريعة التي تقضي حفظ أعظم المصلحتين، وذلك متى كان في التضحية بذلك الجزء من الجسد إنقاذًا لتلك النفس التي أشرفت على الهلاك، وهذا أمر مطلوب تحصيله بل هو واجب شرعًا.[4] لأن إحياء النفس مطلوب طلب العزيمة كما أن في النفوس حقًا لله عز وجل وحقًا لصاحب النفس.[5]

والسعي في إبقاء النفوس واجب بقدر ما أمكن[6] ولذا اعتبر البعض أن الامتناع عن الإنقاذ الذي يؤدي إلى هلاك النفس دون خوف من الشخص على حياته مع قدرته على ذلك يعد من قبيل الجريمة بالترك التي تستوجب المؤاخذة الأخروية.[7]

لأن فقهاء الشريعة أقروا مشروعية التضحية بجزء من الجسم، أو بالنفس من أجل إنقاذ حياة الغير، تطبيقًا وإعمالاً للقواعد الكلية، وذلك متى غلبت السلامة، أو كان فيه احتمال الهلاك ولكن بشرط وجود نفع أكيد، كما هو الحال في مسألة حمل الغازي وحده، والترس.[8]

---

(١) الضرورة الشرعية، د/ وهبة الزحيلي، صـ١٦٤.
(٢) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر صـ١٥٣.
(٣) هؤلاء هم فقهاء الشافعية انظر :
تكملة المجموع شرح المهذب، للشيخ / نجيب المطيعي، جـ٩ صـ٥٤ ط حديثة ومحققة، والأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٩٥.
(٤) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، د/ حسين حامد صـ٧٨.
(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبدالسلام، جـ١ صـ٦٦ (ط دار الشروق).
(٦) المبسوط لشمس الأئمة أبي بكر محمد السرخسي الحنفي، الطبعة الأولى : مطبعة السعادة ١٣٢٠هـ، جـ٢٦ صـ٦٢، ٦٥.
(٧) الجنايات في الفقه الإسلامي، د/ حسن الشاذلي جـ١ صـ١١٠، الطبعة الثانية.
(٨) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين صـ١٥٣.

وإذا كان فقهاء الشريعة قد أجازوا التضحية بجزء من الجسم أو بالنفس من أجل إنقاذ حياة الغير وخاصة إذا كان يرجى من ورائها نفع عام فمن باب أولى يجوز التضحية بجزء من الجسم (فص من الكبد) لزراعته في شخص آخر ولاسيما إذا كان لا يترتب على ذلك ضرر للمتبرع ولا يصيبه بعجز دائم يمنعه من العمل ولكنه يؤدي إلى إنقاذ حياة الغير والتي هي مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية والمتمثل في حفظ النفس.

كما يؤيد ذلك ما قاله الإمام الزركشي[١] في قواعده من أن الإنسان إذا كلف نفسه بعمل فيه مشقة فإنه يكون صحيحًا إذا لم يخشى الهلاك أو الضرر العظيم.[٢] لئلا يؤدي ذلك إلى إهدار النفس والإلقاء بها في التهلكة بدون وجه حق، وذلك ممنوع شرعًا حتى لا يُزال الضرر بالضرر ولما فيه من الظلم الواقع على النفس ولا يلزم أحد أن يولج نفسه في ظلم مخافة أن يوضع الظلم على غيره[٣] وذلك بإهداره لحق الشخص في الحياة وحق الغير الملقي على عاتقه، وذلك فيه ظلم لذلك الغير، لأن المشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من خروجه من الإباحة إلى الحرمة، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط[٤]

وقد اتفق الفقهاء — رحمهم الله — على وجوب السعي في إغاثة كل ملهوف، وإنقاذ المشرفين على المهالك[٥] بل اعتبر البعض أن إغاثة الملهوفين وإنقاذ الغرقى من حقوق الله تعالى الواجبة على المكلف ومطلوب بها، وإن كانت لا تترتب في ذمته.[٦]

---

(١) هو: الإمام بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، تركي الأصل ، مصري المولد والوفاة ، كان مولده سنة ٧٤٥هـ ووفاته سنة٧٩٤هـ ، فقيه، أصولي، محدث، أديب، من أشهر مصنفاته: المنثور في القواعد، والبحر في أصول الفقه، وشرح التنبيه للشيرازي، وشرح جمع الجوامع للسبكي، ينظر : "معجم المؤلفين" لعمر كحالة جـ٩ صـ١٢١، والأعلام، للزركلي، جـ٦ صـ٦٠ ، ٦١.

(٢) قواعد الزركشي، صـ١٩٦ (مخطوط بدار الكتب المصرية).

(٣) الموافقات، للشاطبي، جـ٢ صـ٣٥٦.

(٤) تهذيب الفروق والقواعد السنية،للشيخ / محمد علي بن حسين، الطبعة الأولى، ١٣٤٤هـ مطبعة البابي الحلبي، جـ٣ صـ٩٧ وينظر تفصيل ذلك: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر صـ١٥٥.

(٥) غياث الأمم في التياث الظلم، إمام الحرمين أبي المعالي الجويني (محقق) تحقيق ودراسة د/ مصطفى حلمي، د/ فؤاد عبد المنعم، مطبعة السفير بالإسكندرية صـ٢٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي المالكي، جـ٢ صـ١١١، طبعة الحلبي، والاختيار لتعليل المختار، لمحمود بن مودود الموصلي الحنفي، جـ٣ صـ١٢٩، ط مطبعة المعاهد الأزهرية، وأسنى المطالب شرح روض الطالب، للإمام أبي زكريا الأنصاري الشافعي، طبعة المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣هـ جـ١ صـ٥٧٢، والمغني، لابن قدامة، جـ٩ صـ٥٨، والفروق، للقرافي جـ١ صـ١١٦، ١١٧، وزاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم، جـ٣ صـ٦٦، طبعة: المطبعة المصرية، وقواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام، جـ٤ صـ٣٣٢، ونظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي، د/ يوسف قاسم صـ٣٧٣.

(٦) الموافقات، للشاطبي جـ١ صـ١٥٧، وقواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام، جـ١ صـ١٧٣.

وطالما أن الإجماع قائم على وجوب إغاثة كل ملهوف وتقديم يد العون إليه، فإن التبرع بعضو من الأعضاء من أجل إنقاذ حياة آخر، هو أمر يتفق مع روح الشريعة الإسلامية التي تنطق مبادئها السامية وقواعدها الكلية التي جاءت من أجل تحقيق مصالح العباد[1] وخاصة الضرورية والتي تأتي في مقدمتها إحياء النفس وإنقاذها من الهلاك، فقد بنيت الأصول على أن الأشياء، إذا ضاقت اتسعت، والمراد بالأصول قواعد الشريعة وبالاتساع الترخيص الخارج عن الأقيسة واطراد القواعد والضيق والمشقة.[2]

كما استشهدوا بما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز قتل الآدمي غير معصوم الدم وأكل لحمه عند الاضطرار، ويظهر ذلك جليًا في النصوص التالية من كلامهم — رحمهم الله —:

قال الإمام النووي[3] — رحمه الله —: "... ويجوز له (أي المضطر) قتل الحربي، والمرتد، وأكلهما بلا خلاف، وأما الزاني المحصن، والمحارب، وتارك الصلاة ففيهم وجهان:

أصحهما: وبه قطع إمام الحرمين والمصنف والجمهور: يجوز.

قال الإمام: لأنا إنما مُنِعنا من قتل هؤلاء تفويضا إلى السلطان، لئلا يفتات عليه، وهذا العذر لا يوجب التحريم عند تحقق ضرورة المضطر.

وأما إذا وجد المضطر من له عليه قصاص فله قتله قصاصا وأكله سواء حضره السلطان أم لا ... وأما نساء أهل الحرب وصبيانهم ففيهم وجهان: ... الثاني: وهو

(١) الإحكام في أصول الأحكام، للإمام سيف الدين أبي الحسن الآمدي، جـ٣ صـ٨١، طبعة "صبيح"، والموافقات، للشاطبي، جـ٢ صـ٢٩، وتعليل الأحكام، للشيخ شلبي، صـ٢٦٦.

(٢) قواعد الأحكام، لابن عبدالسلام، جـ٢ صـ١٩٩، نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر صـ١٥٦.

(٣) هو الإمام محي الدين أبو زكريا يحى بن شرف بن مرى الحواربي الشافعي، ولد — رحمه الله — في سنة ٦٣١هـ تبوي، عاش حياته مجدًا في طلب العلم وتعليمه، وتضيف الكتب والمؤلفات الجليلة النافعة، وكان — رحمه الله — مثالاً في الصلاح والورع، وله في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مواقف محمودة، توفي — رحمه الله — بالقدس في رجب من سنة ٦٧٦هـ وله مؤلفات كثيرة منها : شرح صحيح مسلم، وروضة الطالبين، والمجموع شرح المهذب ولم يكمله. ينظر: طبقات الشافعية، لابن هداية الله، صـ٨٩.

الأصح: يجوز .... أما إذا لم يجد المضطر إلا آدميا ميتا معصوما ففيه طريقان أصحهما وأشهرهما يجوز...."[1].

وقال الإمام العز بن عبد السلام – رحمه الله – "لو وَجَد المضطر من يحل قتله، كالحربي، والزاني المحصن، وقاطع الطريق الذي تحتم قتله، واللائط، والمصر على ترك الصلاة جاز له ذبحهم وأكلهم، إذ لا حرمة لحياتهم، لأنها مستحقة الإزالة، فكانت المفسدة في زوالها أقل من المفسدة في فوات حياة المعصوم...".[2]

الفقه الإمامي:

قال صاحب شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام: "وإذا لم يجد المضطر إلا الآدمي ميتًا، حل له إمساك الرمق من لحمه، ولو كان حيًا، محقون الدم، لم يحل، ولو كان مباح الدم حل منه ما يحل من الميتة، ولو لم يجد المضطر، ما يمسك رمقه سوى نفسه قيل يأكل من المواضع اللحمة كالفخذ وليس شيئًا إذ فيه دفع الضرر بالضرر".[3]

ومعلوم أن الشخص المريض قد يبلغ حالة الاضطرار كما في حالة الفشل الكبدي والذي يهدد صاحبه بالموت، وقد نص هؤلاء الفقهاء على جواز أكل المضطر للحم الميت غير المعصوم والمعصوم، مع أن الأكل يوجب استنفاذ الأعضاء، فلأن يجوز النقل والتبرع الموجب لبقائها ودوامها أولى وأحرى، وحرمة الحي أولى من حرمة الميت في الأصل، فكذلك في مسألتنا هذه.[4]

---

(١) المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، ط دار الفكر، جـ٩ صـ٤٤، ومثل هذا النص في: مغني المحتاج، للخطيب الشربيني جـ٤ صـ٢٨٢ – ٢٨٤ ط المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٢٩هـ وكذلك في: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، للإمام أبي يحي زكريا الأنصاري، المتوفى سنة ٩٢٥هـ طبعة دار إحياء الكتب العربية، وبهامشه منهج الطلاب والرسائل الذهبية، للذهبي، جـ٢ صـ١٩٣، وينظر في عرض هذه الأقوال: أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ٢٥٣، والأحكام الشرعية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٢٢، ١٢٣، وشفاء التباريح والأدواء، لليعقوبي، صـ٥٤.

(٢) قواعد الأحكام ومصالح الأنام، لابن عبد السلام جـ١ صـ٨١، وينظر في عرض هذا القول: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر، د/ محمد سعيد البوطي صـ٦، من بحوث مجمع الفقه الإسلامي، والأحكام الشرعية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٢٣، وأحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٥٤.

(٣) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، لجعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلي)، إمامي المذهب، مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان، جـ٣ صـ١٨٣.

(٤) الأحكام الشرعية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٢٣، وشفاء التباريح والأدواء، لليعقوبي صـ٨٣، وزراعة الأعضاء، د/هاشم جميل عبد الله، مقال منشور بمجلة الرسالة الإسلامية عدد ٢١٢ صـ٨٣، وأحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٥٤.

وعليه فإنه يجوز التبرع بالعضو من الحي لزرعه في جسد المريض المحتاج إليه لأن الضرورة هي التي دفعت الفقهاء في كلامهم السابق إلى القول بجواز أكل لحم غير المعصوم والمعصوم للمضطر، وهو ما يتحقق في حالة المريض الذي يحتاج إلى زراعة العضو، وإلا ترتب على عدم ذلك فوات نفسه وموته المحقق بالرغم من عدم الإضرار بالمتبرع. فالضرورة هنا تفرض جواز التبرع بالعضو ومشروعية ذلك طالما أن المتبرع لا يلحقه ضرر مؤكد.

رابعًا: دليلهم من العقل: استدلوا من العقل بالوجوه التالية:

١ـ الإيثـــار:

وهو مبدأ من المبادئ التي رغب فيها الإسلام، ومعناه أن يُقدم الإنسان مصلحة أخيه على مصلحة نفسه بما هو حق له لا يحرم عليه بذله فيترك حظه لحظ غيره اعتمادًا على صحة اليقين، وتحملاً للمشقة في عون أخيه، وهو من محامد الأخلاق، وله شواهد كبيرة تصل إلى بذل النفس مرضاة لله[١].

فقد آثر علي بن أبي طالب — ﷺ— رسول الله ﷺ بنفسه حين بات على فراش رسول الله ﷺ ليلة الهجرة، وهو يعلم تآمر الكفار على قتله[٢].

وترس أبو طلحة[٣] على النبي ﷺ يوم أحد حين انهزم الناس عنه، وكان النبي ﷺ يتطلع ليرى القوم، فيقول له أبو طلحة: لا تشرف يا رسول الله يصبك سهم من

---

(١) التبرع بالكلى في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ مناع خليل القطان، صـ٥٢.

(٢) مختصر سيرة الرسول ﷺ، للإمام محمد بن عبد الوهاب الطبعة: الأولى الناشر: وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد – المملكة العربية السعودية سنة ١٤١٨هـ صـ٨٥، والسيرة النبوية لابن هشام، دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ، تحقيق طه عبد الرؤف سعد، جـ٣ صـ٨.

(٣) هو: زيد بن سهل بن الأسود النجاري الأنصاري الخزرجي أبوطلحة: صحابي، من الشجعان الرماة المعدودين في الجاهلية والإسلام، ولد في المدينة، سنة ٣٦ قبل الهجرة ٥٨٥م، ولما ظهر الإسلام كان من كبار أنصاره، فشهد العقبة وبدرا وأحدًا والخندق وسائر المشاهد، وكان جهير الصوت، وفي الحديث: لصوت أبي طلحة في الجيش خير من ألف رجل، وهو زوج أم سليم، وكان ردف رسول الله ﷺ يوم خيبر. اختلف في وفاته: فقال الواقدي – وتبعه بن نمير ويحيى بن بكير وغير واحد: مات سنة أربع وثلاثين وصلى عليه عثمان وقيل قبلها بسنتين، ينظر: الأعلام، للزركلي جـ٣، صـ٥٨، وسير أعلام النبلاء، للذهبي، جـ٢، صـ٢٧.

سهام القوم، نحري دون نحرك، ووقى بيده رسول الله ﷺ فشلت[١] وترس أبو دجانة[٢] عليه بظهره والنبل يقع فيه وهو لا يتحرك[٣].

كما أن الله تعالى امتدح من آثر أخاه على نفسه بطعام أو شراب أو مال هو أحق به[٤]، فإذا كان ذلك في الأمور اليسيرة فكيف بمن آثر أخاه بعضو أو جزئه، لكي ينقذه من الهلاك المحقق لا شك أنه أولى وأحرى بالمدح والثناء ومن ثم يعتبر فعله جائزًا ومشروعًا[٥]. بل جعله البعض من أسمى أنواع الإيثار مادام المتبرع به لغيره يقصد وجه الله — تعالى — وخدمة غيره[٦].

٢ـ التعـــاون:

وحث الإسلام على التعاون وأمر به، ورغب في مساعدة الأخ لأخيه، وتقديم العون له، حتى يقوي بناء الأمة، ويشتد ساعدها، وتأتلف قلوبها على قلب رجل واحد ويكون المجتمع المسلم مجتمعًا متآخيًا رحيمًا، يتألم كل فرد فيه لألم الآخر، ويفرح لفرحه، فيشاركه سروره في الرخاء، وينفس عنه كربته في الشدة.[٧]

---

(١) المغازي، لأبي عبد الله بن عمر الواقدي، جـ ١ صـ٢٤٣، ٢٥٤.

(٢) هو: سماك بن خرشة بن لونان بن عبد ود بن زيد الساعدي، الخزرجي البياضي، الأنصاري، المعروف بأبي دجانة: صحابي جليل، كان شجاعا بطلا له آثار جميلة في الإسلام، آخى النبي، ﷺ، بينه وبين عتبة بن غزوان شهد بدرا، وثبت يوم أحد، وأصيب بجراحات كثيرة قال الواقدي: ثبت أبو دجانة يوم أحد مع النبي، ﷺ، وبايعه على الموت، واستشهد باليمامة سنة ١١هـ، ٦٣٢م.كانت له مشية عجيبة، في الخيلاء، يضرب بها المثل، نظر إليه النبي ﷺ في معركة، وهو يتبختر بين الصفين، فقال: هذه مشية يبغضها الله إلا في هذا المكان، وكان يقال له (ذو المشهرة) وهي درع يلبسها في الحرب، وذو السيفين لقتاله يوم أحد بسيفه وسيف رسول ﷺ. ينظر: الأعلام للزركلي، جـ٣، صـ١٣٨، وسير أعلام النبلاء جـ١، صـ٢٤٣.

(٣) مختصر سيرة الرسول ﷺ صـ١٠٨، السيرة النبوية لابن هشام جـ٢ صـ٨٢.

(٤) يشهد لذلك قوله تعالى في الثناء على الأنصار رضي الله عنهم ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ (سورة الحشر آية ٩).

(٥) فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، انظر (مجلة البحوث الإسلامية) عدد "٢٢" صفحة ٤٧، وفتوى من الأزهر مقدمة في ندوة نقل الكلى التي نظمها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة، منشورة في المجلة الجنائية القومية، عدد مارس ١٩٧٨م، العدد الأول صـ١٥٣، والأحكام الشرعية د/ أحمد شرف الدين صـ١٣٥، وأحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٥٠.

(٦) مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية، د/ جودة عبد الغني حسين، صـ٨٢.

(٧) التبرع بالكلى في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ مناع خليل القطان، صـ٥٢، ومفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية، د/ جودة عبد الغني حسين، صـ٥٢.

وذلك تطبيقًا لقول الرسول ﷺ " مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ... إلخ" أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب

#

ولعل أبلغ تعبير عن مسئولية المجتمع عن صحة الفرد يتمثل في ما قرره عمر بن الخطاب ثاني الخلفاء الراشدين – ﷺ – من أنه إذا مات إنسان جوعًا في جماعة فإنه على هذه الجماعة الدية، كما لو كان أفرادها شاركوا في قتل ذلك الشخص، وهذا أقرب ما يكون تشبُهًا بوفاة إنسان لعدم حصوله على مقدار من الدم أو فص من كبد متبرع أو كلية متبرع بها.[1]

وهناك حديثان من أحاديث الرسول الكريم ﷺ ينطبقان على ذلك تمام الانطباق:

أولهما: حديث النُّعْمَانَ بْنَ بَشِيرٍ ﷺ قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ﴿ تَرَى الْمُؤْمِنِينَ فِي تَرَاحُمِهِمْ وَتَوَادِّهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ كَمَثَلِ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى عُضْوًا تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ جَسَدِهِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى﴾ ".[2]

وثانيهما: حديث أَبِي مُوسَى ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ﴿الْمُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِ كَالْبُنْيَانِ يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا﴾.[3]

٣- يجوز التداوي بنقل الأعضاء الآدمية كما يجوز التداوي بلبس الحرير لمن به حكة، كما يجوز التداوي باستعمال الذهب لمن احتاج إليه، بجامع وجود الحاجة الداعية إلى ذلك في كل.[4]

٤- أن الإنسان مأذون له بالتصرف في جسده بما فيه المصلحة[5]، فإذنه بالتبرع

فضل الاجتماع على تلاوة القرآن والذكر، حديث رقم (٤٨٦٧)، وفي سنن أبي داود، كتاب: الأدب، باب: في المعونة للمسلم، جـ ٥ صـ٣٣٣، رقم الحديث (٤٢٩٥).

(١) وجهة نظر د/ حسان حتحوت، مركز الدراسات الإسلامية "كاليفورنيا" منشور بزرع الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية، منشورات المركز السعودي لزراعة الأعضاء، الطبعة الثانية، صـ٧٠.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: الأدب ، باب: رحمة الناس والبهائم، جـ٣، صـ١٢١٠.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب: البر والصلة والأدب ، باب: تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم ، جـ١٦، صـ١٣٩، وصحيح البخاري، كتاب: المظالم ، باب: نصر المظلوم، جـ٢، صـ٤٨٢ .

(٤) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ٢٤٩، وحكم الاستفادة من أعضاء الموتى، د/ محمود ناظم النسيمي، صـ٥٠، من بحوث مجمع الفقه الإسلامي.

(٥) ومرجع هذا الإذن للشخص بالتصرف في جسده هو تكييف حق الشخص على أعضاء جسمه، حيث إنه من المقرر شرعًا أن حق الشخص على أعضاء جسمه هو حق انتفاع أو منفعة وليس حق ملكية، وتمليك الانتفاع هو عبارة عن: "الإذن للشخص في أن يباشره هو بنفسه فقط"، كالإذن في سكنى الدار مثلاً فمن أذن له في ذلك فله أن ينتفع هو فقط ويمتنع في حقه أن يؤاجر أو يعاوض، أما حق المنفعة فهو عبارة عن: "الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض وبغير عوض"، انظر: الفروق، للإمام شهاب الدين أبي العباس، أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي، الشهير بالقرافي، جـ١ صـ١٩٣ ط بيروت، ولما كان حق الشخص على أعضاء جسمه هو حق مشترك بينه وبين الله تعالى –قواعد الأحكام، جـ١ صـ١٣٠ ط دار الشرق – فإن إهدار هذا الحق قد يترتب عليه إهدار حق الله تعالى وحقوق غيره الواجب الحفاظ عليها شرعًا.

#

فيه مصلحة عظيمة فيجوز له فعله.[1]

٥- كما يجوز للإنسان الحي أن يقتطع جزءًا من نفسه ليأكله حالة الضرورة[2] فإنه يجوز تخريجاً على ذلك جواز تبرع إنسان حي بجزء من جسده — الكبد — لا يترتب على اقتطاعه ضرر به متى كان مفيدًا لمن ينقل إليه في

وأيضًا لأنها دماء وقد حرم الله على الإنسان هتك حرمتها إلا بحق، وإذا حرمها الله عليه كان حرامًا أن يمتلكها، انظر: تاريخ التشريع الإسلامي وأحكامه الملكية والشفعة د/ عبد العظيم شرف الدين صـ٢٤٩، بدون طبعة.

كما أنها لا تعتبر من قبيل الأموال لأن المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، –البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، جـ٥ صـ٢٧٧ ، طبعة بيروت– ولذا فإنها تتنافى وطبيعة التملك لأن التملك من خصائص الأموال دون النفوس والأعضاء، وما ورد من النصوص التي يوهم ظاهرها ثبوت الملكية للأعضاء مثل (العبد وما ملكت يداه لسيده) و(ملكية الأب لابنه) كقوله ﷺ " أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ " أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، حديث رقم (٢٢٨٢، ٢٢٨٣) ، والإمام أحمد في مسنده، كتاب: مسند المكثرين من الصحابة، باب: مسند عبدالله بن عمرو بن العاص، رقم (٦٦٠٨).

فإنه يمكن القول بأن ملكية السيد لعبده إنما تكون بالنسبة لجانب المالية فيه دون جانب الآدمية ولذلك لا يجوز الاعتداء عليه لقوله ﷺ " مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْنَاهُ وَمَنْ جَدَعَ عَبْدَهُ جَدَعْنَاهُ"، أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الديات، باب: من قتل عبده أومثل به أيقاد منه؟، رقم ٣٩١٤، جـ٤ صـ٤٨٤، والترمذي في سننه، كتاب الديات، باب: ما جاء في الرجل يقتل عبده، رقم ١٣٣٤، قَالَ أَبُو عِيسَى: "هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ"، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب: القسامة، باب: القود من السيد للمولى، رقم (٤٦٥٦)، والإمام أحمد في مسنده، كتاب: مسند البصريين، باب: من حديث سمرة بن جندب، رقم (١٩٢٤٥)، كما قال بعض الفقهاء بوجوب القصاص من السيد في هذه الحالة، انظر (الشرح الكبير على المغني جـ٩ صـ٣٦٢ ط بيروت). وأما بالنسبة لشبهة ملكية الأب فهي شبهة ملك باعتبار الظاهر (المبسوط للسرخسي، جـ٢٦ صـ٩١) والإضافة الواردة في الحديث ليست للملك وإنما هي إضافة كرامة ونسب فلا توجب شبهة الإباحة (كشف الأسرار للبزدوي، جـ٤ صـ١٥٥)، وعدم القصاص من الأب في حال قتل ولده إنما كان لعظم حرمة أبوته ولأنه سبب في وجوده (كشف الأسرار، جـ٤ صـ١٥٥، والمبسوط، جـ٢٦ صـ٩١).

من هنا كان حق الشخص على الأعضاء هو حق انتفاع وليس حق ملكية والحكمة في ذلك أن المشرع قد ألقى على عاتق الشخص حقوقًا عامة وخاصة يجب عليه القيام بها ولو ترك له المشرع سلطة التصرف في أعضائه بتملكها إياه لأدى ذلك إلى العبث بها والتصرف فيها كيفما يشاء بوجه عام وفي مجال الزرع بوجه خاص ومن هذا المنطلق كان وجه التكييف الشرعي للحق على الأعضاء بأنه انتفاع دون الملكية وفي نطاق هذا التكييف الشرعي (أي حق الانتفاع) يكون تصرف الشخص دائرا بين المشروعية وعدمها، فقد يكون هذا التصرف غير مشروع في بعض الأحوال لنفس الحكمة التي قررها المشرع للشخص على أعضاء جسمه وهي إهدار حق الله تعالى وحق الغير. انظر تفصيل ذلك: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ١٢٥ — ١٣٠.

(١) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٥١، انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر، د/ عبدالسلام العبادي صـ٤، ٧ من بحوث مجمع الفقه الإسلامي.

(٢) قال بهذا الإمام النووي : لأن إتلاف بعضه لاستبقاء كله : ينظر : مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للإمام محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧هـ ١٩٥٨م، جـ٤ صـ٣١٠.

غالب ظن الطبيب[1]، ويؤيد ذلك أجماع الفقهاء –رحمهم الله- على جواز قطع جزء من الجسد عند الحاجة لذلك والضرورة الملحة[2].

الترجيـــــح:

بعد عرض أراء الفقهاء ومذاهبهم في مسألة زراعة الكبد بين الأحياء يبدو لي والله أعلم ترجيح المذهب الثاني والذي يرى أنصاره القول بجواز عمليات نقل الكبد والأعضاء من الأحياء ، طالما أنه لا يوجد ضرر على المتبرع، ومتى انتفى المقابل المالي، وذلك من أجل إنقاذ نفس معصومة من الهلاك المحقق، والذي يؤيد ذلك:

أن هذا الاتجاه يتناسب مع قواعد الفقه الإسلامي والتي تدعو إلى إحياء النفوس، والسعي في حمايتها والاعتناء بها.

قوة أدلة أصحاب الرأي الثاني القائلون بجواز النقل مع وجود الحاجة التي بلغت مقام الضرورة، وما في حكمها، وهذا المقام شهدت نصوص الشرع وقواعده باعتباره مستثنى من التحريم، ولكن بقدر ما تندفع به تلك الضرورة والحاجة.

أن أدلة أصحاب الرأي الأول القائلون بعدم جواز عمليات زراعة الكبد والأعضاء لم تسلم من النقض حيث ورد عليه:

أولاً: مناقشة أدلة الكتاب[3]:

١- قوله تعالى : ﴿ وَأَنفِقُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ ۛ وَأَحْسِنُوٓاْ ۛ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ (البقرة: من آية١٩٥)، وقوله تعالى﴿ يَـٰٓأَيُّهَا

---

(١) مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية، د/ جودة عبد الغني بسيوني، صـ٨٢، ٨٩.

(٢) الفتاوى الهندية، جـ ٥، صـ٣٦٠، وجاء فيها: "لا بأس بقطع العضو إن وقعت فيه الأكلة، لئلا تسري". والتاج والإكليل ، للشيخ أبي عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، الشهير بالمواق، ط الأولى مطبعة السعادة، سنة١٣٢٩هـ بهامش مواهب الجليل، جـ٥، صـ ٤٢٢، وجاء فيه نقلاً عن الإمام ابن رشد الجد –رحمه الله- "إن كان خوف الموت من بقاء يده كذلك، أشد من خوف الموت بقطعها فله القطع"، وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، للإمام أبي يحي زكريا الأنصاري، وجاء فيه، "وحل قطع جزئه ... لأنه إتلاف جزء لاستبقاء الكل كقطع اليد للأكلة..." جـ٢، صـ١٩٣، وكشاف القناع ، للبهوتي، وجاء فيه: "ويصح استئجاره لحلق شعر .... وقطع شئ من جسده للحاجة إليه أي إلى قطعه لنمو أكلة، لأن ذلك منفعة مقصودة".

(٣) راجع مناقشة هذه الأدلة: أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٥٤ وما بعدها.

ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (النساء: من أية ٢٩)، وقوله تعالى: ﴿ سَلْ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ كَمْ ءَاتَيْنَٰهُم مِّنْ ءَايَةٍۭ بَيِّنَةٍ ۗ وَمَن يُبَدِّلْ نِعْمَةَ ٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُ فَإِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴾ (البقرة: من آية ٢١١) يجاب عنهم من وجوه :

الوجه الأول: لا نسلم الاحتجاج بها؛ لكونها خارجة عن موضع النزاع؛ لأننا نشترط في جواز النقل ألاّ تكون حياة المتبرع مهددة بالهلاك، وإطلاق القول بأن التبرع في حال الحياة يؤدي إلى الهلاك لا يقبل إلا بشهادة أهل الخبرة من الأطباء، وهم لا يقولون بذلك.

الوجه الثاني: قلب الاستدلال بها، ووجه ذلك أن الشخص إذا امتنع عن قبول تبرع الغير له بالعضو الذي تتوقف نجاته – بإذن الله تعالى – على نقله إليه يعتبر ملقيًا بنفسه إلى الهلاك، فيحرم عليه الامتناع عن هذا الوجه، ومن ثم تكون موافقته على نقله مشروعة وواجبة عليه.

٣- قوله تعالى ﴿ وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَأٓمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ ءَاذَانَ ٱلْأَنْعَٰمِ وَلَأٓمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَّخِذِ ٱلشَّيْطَٰنَ وَلِيًّا مِّن دُونِ ٱللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا ﴾ (النساء: من آية ١١٩).

أن نقل الأعضاء خارج عن هذه الآية؛ لأنه مبني على وجود الضرورة والحاجة الداعية إلى فعله، والآية إنما يقصد منها ما كان على وجه العبث دون وجود ضرورة أو حاجة داعية؛ كما في الجراحة التجميلية الحاجية.

٤- قوله تعالى في سورة الإسراء ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ (الإسراء: من آية٧٠)، وسورة المؤمنون ﴿ ثُمَّ خَلَقْنَا ٱلنُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا ٱلْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا ٱلْمُضْغَةَ عِظَٰمًا فَكَسَوْنَا ٱلْعِظَٰمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ ۚ

﴿ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ أَحۡسَنُ ٱلۡخَٰلِقِينَ ﴾ (المؤمنون: من آية ١٤)، وسورة الانفطار ﴿ ٱلَّذِى خَلَقَكَ فَسَوَّىٰكَ فَعَدَلَكَ ﴾ (الانفطار: من آية ٧).

يجاب عنه:

بأن التبرع بالعضو ليس فيه إهانة للآدمي بل هو من قبيل أعمال البر التي يثاب عليه، فالإهانة لا تتحقق إلا بالعدوان عليه وإجباره على إلحاق الضرر بنفسه وهذا كله غير متحقق معنا.

ثانيًا ـ مناقشة أدلة السنة :

حديث أبي هريرة (في النهي عن قتل النفس).

وحديث عبدالله بن عمر (في حرمة دم المؤمن).

يجاب عنهم:

أنهم خارج محل النزاع، فالحديث الأول: يتناول حالة الانتحار بالنهي عن قتل النفس بوسائل معينة، كالقتل بحديدة، أو تناول سم، أو التردي من فوق جبل ، وليس في التبرع بالأعضاء شئ من هذا القبيل، لأن الأساس هو السماح بذلك طالما أنه ليس هناك ضرر على المتبرع يؤثر على حياته.

أما الحديث الثاني: فهو يؤكد على حرمة دم المؤمن وماله، وأن حرمة المؤمن أعظم عند الله من حرمة الكعبة المشرفة، وفي هذا دليل على وجوب إنقاذ المسلم وبذل الجهد في سبيل إنقاذ نفسه من الهلاك مما يؤكد مشروعية زراعة الكبد التي هي في جوهرها تسعى إلى إنقاذ النفس فيكون الحديث حجة لنا لا علينا.

حديث أسماء ﷺ في تحريم وصل الشعر : يجاب عنه من وجهين :

الوجه الأول: إن وصل الشعر يعتبر مصلحة كمالية بخلاف نقل الأعضاء الذي يعتبر من المصالح الضرورية والحاجية، فيحرم الأول ويجوز الثاني؛ لمكان الحاجة الداعية إليه.

الوجه الثاني: إن وصل الشعر المذكور في الحديث مفض إلى مفسدة الإضرار بالغير، وهو غش المرأة لزوجها كما هو واضح من سياق الحديث بخلاف نقل الأعضاء المشتمل على درء المفاسد ودفعها.

حديث جابر ﷺ (في قصة الرجل الذي قطع براجمه فمات) : وهذا الحديث يتعين أن يكون من أقوى الأدلة الدالة على تحريم نقل الأعضاء، لكنه يمكن الجواب عنه بأن:

هذا الحديث مخصص الدلالة حيث أقدم فيه الرجل على قطع البراجم؛ للتخلص من الآلام، وهي مصلحة لا تبلغ مرتبة الضروريات، بل هي في مرتبة الحاجيات، ومن ثم فإنه لا يصلح دليلاً على منع نقل الكبد، ونحوها من الأعضاء التي يقصد من نقلها تحقيق مصلحة ضرورية.

وبالتالي فإن النقل الضروري الذي يقصد منه إنقاذ النفس المحرمة، لا يشمله هذا الحديث، فإن قيل: العبرة بعموم قوله: "ما أفسدت" وهو متعلق بالقطع، قيل في جوابه : إن هذا الوصف يوجب تخصيص الحكم بحالة الإفساد بأن تقطع الأعضاء وتبتر لغير حاجة ضرورية، وهذا ليس موجودًا في مهمة نقل الأعضاء.

حديث : "لا ضرر ولا ضرار" : ويجاب عنه:

بأن غاية ما دل عليه الحديث هو تحريم الضرر والإضرار، ونحن لا نسلم بأن الشخص المنقول منه يتضرر بهلاكه مستقبلاً؛ لأن الأطباء لا يقومون بمهمة النقل من شخص يؤدي نقل عضوه إلى هلاكه، ونحن لا نجيز النقل في هذه الحالات؛ وعلى هذا فإن الحديث يعتبر خارجًا عن محل النزاع.

٦- وأما حديث جابر ﷺ في البداءة بالنفس.

فيجاب عنه بقلب الاستدلال به، وذلك بأن يقال : إن الإنسان إذا أراد التبرع بالعضو يبدأ بنفسه، فإن كان في تبرعه إضرار به لم يتبرع، وأما إن لم يكن فيه ضرر، فإنه لا يشمله الحديث إطلاقًا.

ثالثاً ـ مناقشة استدلالهم بالقواعد الفقهية :

بخصوص قاعدتي: "الضرر لا يزال بالضرر"[(١)]، و "الضرر لا يزال بمثله"[(٢)].

فهما خارج محل النزاع؛ لأن من شرط جواز النقل ألاّ يؤدي إلى هلاك الشخص المنقول منه العضو.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٨٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٨٧.
(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء صـ١٤١، وقواعد الفقه للمجدوي صـ٨٨.

وأما قاعدة: "ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا، فلا"[1].

فيجاب عنها بأن لكل قاعدة مستثنيات، خاصة إذا كانت الفروع والمسائل المستثناة شهدت أصول الشرع باعتبار موجباتها، وعلى هذا فإنه تستثنى مهمة النقل من هذه القاعدة؛ لمكان الحاجة والضرورة الداعية إليها، وهي ضرورة إنقاذ النفس، ودفع مشقة الأسقام عنها.

رابعاً ـ مناقشة استشهادهم بنصوص الفقهاء ـ رحمهم الله ـ :

تضمنت نصوص الفقهاء التي أوردوها ما يلي :

عدم جواز قطع شيء من الجسد للمضطر؛ ليأكله.

والجواب من وجهين :

الوجه الأول: أن الاستدلال بهذا الحكم معارض بوجود القول المخالف، من أقوال الفقهاء، والتي استشهد بها أصحاب القول الثاني.

الوجه الثاني: أن هذا الاستدلال معارض بما نصوا عليه من جواز قطع البعض من أجل استبقاء الكل، كما في اليد المتآكلة والسلعة المخوفة، ونحوها من الآفات.[2]

فقولهم بجواز القطع على هذا الوجه يدل على اعتبارهم للحكم بجواز القطع لإنقاذ النفس، وهذا موجود بعينه في مهمة نقل الأعضاء.

تحريم التداوي بأجزاء الآدمي، وقد علل بعضهم ذلك بكونه موجبًا لانتهاك حرمة الآدمي.

وجواب ذلك ما تقدم عند الجواب عن استدلالهم بقوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيَ ءَادَمَ ....﴾، (سورة الإسراء آية: ٧٠)

٤ـ عدم جواز قتل النفس المحرمة لاستبقاء مثلها.

والجواب : أن هذا إنما يختص بحالة التبرع من الحي وهو مختص بالحالة التي يغلب على الظن فيها هلاك المتبرع، وقد تقدم أن شرط جواز التبرع عدم ترتب الهلاك عليه، ومن ثم فإنه لا يرد الاستدلال بعباراتهم على هذا الوجه ... والله تعالى أعلم.

---

(١) المنثور من القواعد للزركشي، جـ٣، صـ٢٣٨.

(٢) انظر : نصوصهم في ذلك كما تقدم، صـ١١٢، وما بعدها.

خامساً : مناقشة الأدلة العقلية[1] :

الدليل الأول: والخاص بعدم جواز تصرف الشخص في جسده : فيجاب عنه بأن الإنسان مأذون له بالتصرف في جسده، بما فيه الخير لذلك الجسد في الدنيا والآخرة، والإذن بنقل الأعضاء فيه خير للآذن في الآخرة من جهة الثواب الذي سيتبعه؛ لما أشتمل عليه ذلك الإذن من تفريج كربة المسلم، والإحسان إليه.

الدليل الثاني : أن نقل عضو من المنقول فيه إيلام له وتعذيب ... وهذا مردود عليه من وجهين :

الأول: أن هذا الإيلام والتعذيب غير موجود لأن هذه العمليات تتم بعد إجراء التخدير وأن الألم الذي يحدث ألم محتمل ... والحياة فيها كثير من الآلام ... وبما أن هذا الألم له هدف نبيل وهو إحياء نفس فيحتمل لذلك هذا الألم المحدود البسيط من أجل هذه الغاية النبيلة.

والثاني: أن الإيلام والتعذيب المحرم هو المقصود، فإذا لم يقصد الإيذاء، بل قصد النفع فلا حرج في حدوث شيء من الألم، وقد كانت العمليات الجراحية والختان تجري في السابق دون تخدير وفيها ألم شديد ومشقة بالغة، ومع ذلك أباح الفقهاء إجراءها لما فيها من المقاصد الحسنة.

الدليل الثالث: والخاص بشهادة الأعضاء على أصحابها المستفاد من قوله سبحانه وتعالى: ﴿ يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم بِمَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴾(النور: آية ٢٤).

ويجاب عنه بأنه يدل على السذاجة والبساطة في التفكير، فالله سبحانه وتعالى قادر على إحياء هذه الأعضاء وجعلها تشهد على صاحبها الأصلي ثم تشهد على الآخر الذي استخدمها، وإذا كان الإنسان يستطيع أن يشهد على عدة أشخاص في عدة حوادث، فما المانع من أن تكون أعضاؤه مثله؟

---

(١) راجع في عرض ذلك : الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٤٢ وما بعدها.

الدليل الرابع: أن نتائج نقل الأعضاء لا زالت موهومة وتؤدي إلى وجود شخصين مصابين بدلاً من واحد.

والجواب هو أن نتائج هذه العمليات ليست موهومة وإنما هي معلومة ومحدد مقدار نجاحها سلفاً ولا يسمح بالإقدام عليها إلا بعد الفحوصات والتحاليل التي تجعلها بأمر الله مضمونة النجاح بنسبة كبيرة، مما يؤدي إلى بقاء شخصين على قيد الحياة في المجتمع ويتمتعان بصحة جيدة.

الدليل الخامس: والخاص بشيوع التجارة والارتزاق بالأعضاء.

ويجاب عنه بأنه إذا كان هذا الكلام صحيح في بعض جزئياته إلاّ أنه نادرُ، والحكومات تسعى جاهدة لقفل باب تجارة الأعضاء وإيقاع العقوبات على مرتكبيها ... ولم تحدث حوادث تجارة في المملكة العربية السعودية ولا في دول الخليج وذلك لأن الزرع من الأعضاء مقتصر على الأقارب فقط.

الدليل السادس: والخاص بالقياس على الأبضاع: فيجاب عنه:

بأنه قياس مع الفارق لأن استقطاع الأبضاع مبني على حرمة المشاركة فيها؛ لكونها مفضية إلى مفسدة الزنى، وهذه العلة غير متحققة في نقل الأعضاء.

صفوة القول:

بعد عرض وجهة نظر فقهاء القانون والفقه الإسلامي في خكم نقل وزراعة الكبد بين الأحياء، أستطيع أن أقرر أن كلاً من الفقه الإسلامي والقانون المدني لا يمنع على الراجح من أقوال فقهائه القيام بعملية نقل وزراعة الكبد والأعضاء، ولكن هناك خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون في أن الفقه الإسلامي يستند إلى هذا الفهم من خلال النصوص الشرعية المتمثلة في الكتاب والسنة وأقوال الفقهاء القدامى والقواعد الفقهية، والفتاوى المتخصصة، بخلاف الفقه القانوني الذي بنى الحكم بالمشروعية في غياب النص التشريعي الصريح، وبالتالي فإن حكمه بالجواز مع موضوعيته إلا أنه جاء عارياً من السند القانوني الصحيح، مما يتطلب التدخل السريع من المشرع المصري لوضع الإطار القانوني المناسب لهذه العمليات وغيرها، على أن تتولى وزارة الصحة إعداد قائمة بالمستشفيات التي يمكن أن تتم هذه العمليات فيها والتأكد من قدرتها على القيام بمثل هذا النوع من العمليات ودعمها والرقابة عليها، بحيث تتم هذه العمليات تحت إشراف

لجنة من وزارة الصحة تشكل لهذا الغرض من غير العاملين في مجال زراعة الأعضاء، ولا يُسمح بإجراء هذه العمليات في غير الأماكن المخصصة لهذا الشأن والتي اعتمدتها وزارة الصحة، وبالشروط التي تضمن أن تكون الزراعة من الأقارب، وأن تكون بدون مقابل، وأن لا يترتب عليها ضرر للمتبرع، وبالتالي فإن أحكام زراعة الكبد في ظل قواعد الفقه الإسلامي أكثر دقة وتنظيماً، وهذا دائماً وأبداً شأن الفقه الإسلامي الذي يمتاز بالمرونة والصلاحية في كل زمان ومكان لتنظيم كافة الأمور التي تتعلق بحماية الشخص، ورعايته، والمحافظة عليه، وسلامته.

الفصل الثاني
التصرفات الواردة على الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

مما لا شك فيه أن مشروعية تصرف الشخص في عضو معين من جسده في حياته أو بعد مماته لم يتقرر إلا استثناء من الأصل العام الذي هو الحظر، أو التجريم، وذلك من أجل تحقيق مصلحة مقررة شرعًا وقانونًا، وهي إنقاذًا لحياة مريض ميئوس من حياته، لا من أجل أي هدف آخر، ومن هنا يمكن القول بأن مشروعية التصرف ترتبط بالغاية منه ارتباطًا كليًا وجزئيًا.

ولما كان تصرف الشخص في عضو معين من جسمه تحكمه اعتبارات خاصة، وهذه الاعتبارات ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالباعث على التصرف، فقد يكون الباعث عليه غاية إنسانية نبيلة وسامية، كما هو الحال في إنقاذ حياة المريض الميئوس من شفائه، فيكون التصرف بطريق التبرع، وقد يكون الباعث على التصرف غير ذلك، بأن كان يرجى من وراء ذلك ربحًا أو كسبًا ماديًا، فيكون التصرف بطريق البيع.

وخلال هذا الفصل سوف أتعرض للتصرفات الواردة على الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي، وهو ما يستدعي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: التصرفات القانونية الواردة على الكبد.

المبحث الثاني: التصرفات الشرعية الواردة على الكبد.

المبحث الأول
التصرفات القانونية الواردة على الكبد

الأصل أن التصرف في أعضاء الجسم البشري هو تصرف مقرر على خلاف الأصل، ولذا فإنه لابد وأن يكون تبرعاً، أي بدون مقابل مادي، لأن ذلك هو ما يتناسب مع طبيعة جسم الإنسان وخروجه عن دائرة المعاملات، ولكن قد يحدث ويتم الاتفاق على مقابل مالي لينتقل الأمر من مجال التبرع إلى الدخول في دائرة البيع، ولذا فإنه يلزم هنا التعرض لكل من الأمرين بشئ من التفصيل المناسب، فنتعرض لأحكام بيع الأعضاء ثم لأحكام التبرع كل في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول: بيع الأعضاء في القانون المدني.

المطلب الثاني: التبرع بالأعضاء في القانون المدني.

المطلب الأول

بيع[1] الأعضاء في القانون المدني

إذا كان الأصل في تصرف الشخص في عضو من أعضائه في حياته أو بعد مماته أن يكون بطريق التبرع، تمشيًا مع مشروعية الغاية في التصرف، فإن تنازل الشخص في بعض الأحوال عن هذه الغاية بغية تحقيق ربح أو كسب مادي، أو مقابل معنوي يقوم مقام الربح المادي، هو أمر من شأنه أن يكون له انعكاساته على مشروعية التصرف ذاته[2].

لأن إيراد العقد على جسد الحر لا يجوز، فكذا لا يجوز إيراده على أي جزء من أجزاء بدنه، سواء أكان متجدداً أم غير متجدد[3]، لأنه من المعلوم أنه لا يمكن نقل ملكية جسم الإنسان من شخص لأخر، وذلك استناداً للمبدأ الذي يضع جسم الإنسان خارج دائرة التعامل القانوني[4]، وإذا كان من المكن نقل ملكية أحد عناصر الذمة المالية أو كل عناصرها، بمجموعها، والتي تعكس الشخصية فإنه لا يمكن التنازل عن الجسم أو عن الحقوق غير المالية.[5]

ولكن خلال الفترة الأخيرة وبسبب تطور الطب وعلوم الحياة فقد وضع هذا المبدأ موضع الشك حيث أصبح من المكن أن ينقل الفرد ملكية أحد أجزاء جسمه، أو أحد أعضائه إلى الغير، ويرجع ذلك إلى إقرار مشروعية تصرف الشخص في عضو من أعضاء جسمه خاصة بعد نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء، وما حققته من نتائج طبية على

---

(١) عرفت المادة ٤١٨ من القانون المدني المصري البيع بأنه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل ملكية شئ أو حقاً مالياً أخر في مقابل ثمن نقدي " ويظهر من هذا التعريف أن البيع في القانون المصري يرد على أي حق سواء كان حق ملكية شئ أو غير ذلك من الحقوق المالية، وعلى أن الثمن الذي يلتزم به المشتري يجب أن يكون مبلغاً من النقود وإلا فالعقد لا يعتبر بيعاً بل مقايضة، انظر: عقد البيع، د/ سليمان مرقس، ط١٩٨٠م صـ٢١، ٢٠، وأحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ ٢٩٠، ٢٩١.

(٢) الحماية الجنائية لعمليات زراع الأعضاء، د/محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧٠.

(٣) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ ٢٩١.

(٤) حيث أخرج القانون المدني الإنسان من دائرة التعامل، فلم يعتبره مالاً، ولم يعامله معاملة الأشياء، كما حرم القانون المدني كل اتفاق يكون محله المساس بجسم الإنسان، انظر: الحق في الحياة وفي سلامة الجسد "دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية"، د/ محمد سعد خليفة، صـ١٠، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ١٩٩٦م، ونفس المعنى: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي السيد الشوا، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٨٦م، صـ٦٨٣.

(٥) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ٤٩، ٥٠.

مستوى الصعيد الطبي والعلاجي[1] وبما أن هذه العمليات لا تسبب ضرراً فعلياً للمتبرع، ولكنها بالمقابل تشكل فائدة حقيقية للطب، فقد تم تشجيع هذا النوع من التعامل القانوني[2].

وبالتالي فإن هذه المسألة أصبحت مثار خلاف بين فقهاء القانون ما بين مؤيد لإمكان ورود التصرفات على جسم الإنسان، ومعارض لها، وهو ما يستدعي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: جواز بيع الأعضاء البشرية في القانون المدني.

الفرع الثاني: حرمة بيع الأعضاء البشرية في القانون المدني.

---

(١) الحماية الجنائية لعمليات زراع الأعضاء، د/محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧٠.

(٢) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ٥٠.

الفرع الأول

جواز بيع الأعضاء البشرية في القانون المدني

نادى البعض بنزول جسم الإنسان من سموه الذي منحه إياه إعلان حقوق الإنسان(١)، ورأى أنه من الممكن أن يكون محلاً للاتفاقات القانونية، ويمكن أن يتم التعامل به، ويمكن أن يكون أحد عناصر الذمة المالية.(٢)

مما يجعل البعض من الفقهاء يقرر مشروعية المقابل، أو فكرة التنازل بمقابل في إطار الفكرة العامة لنطاق الرضاء بمقابل(٣)، لأنه متى أجيز التصرف فلا مانع من تقاضي مقابل التنازل عن عضو من الأعضاء، ولا يمكن القول أن المال من شأنه أن يشين الشخص في عصرنا الحاضر، والتنازل بمقابل أو بدون مقابل مشكلة أخلاقية، وليست

(١) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، في ١٩٤٨/١٢/١٠م. وهناك كثير من الاتفاقيات الدولية التي عنيت بحقوق الإنسان ومنها:
اتفاقية تحريم إبادة الجنس البشري، الصادرة في ١٩٤٨/١٢/٩م.
اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب، الصادرة في: ١٩٤٩/٨/١٢م.
الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وقد تم التوقيع عليها من جانب الدول الأعضاء في المجلس الأوربي في: ١٩٥٠/١١/٤م.
الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، والتي تمت الموافقة عليها من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٦٦/١٢/١٦م، وتعتبر مكملة للإعلان العالمي.
الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، التي أبرمت عام ١٩٦٩م، ودخلت حيز التنفيذ عام ١٩٧٨.
راجع في ذلك: القانون الدولي وحقوق الإنسان، د/ وحيد رأفت، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٧٧م، صـ٥٥، والحماية الدولية لحقوق الإنسان وتطوير القانون الدولي. د/ عبدالعظيم الجنزوري، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٧٠، العدد ٣٧٧، يوليو ١٩٧٩م.

(٢) جوسيراند (Josserand): جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، داللواز ١٩٣٢م صـ١٠. وعلق البعض على ذلك بقوله: "إن مفهومي الشخص والذمة المالية مفهومان متعارضان أخلاقياً ولكنهما متجاوران بكل طيبة خاطر، وضمن ذلك يترك الشخص في كل مرة قليلاً من سلامته ومن تكامله الجسدي، وبدون أن يدخل كلياً في التعامل القانوني فقد انخفض السمو الذي خصص للجسم الذي تربع عليه نتيجة تطور كبير، فالنزول من البرج العاجي الذي وضعه به إعلان حقوق الإنسان، والقانون المدني لعام ١٨٠٤م أوجب على الشخص القبول بطواعية أن يكون محلاً للتفاوض، للتخلي وللتعويض عند الحاجة، ثم سوف يعامل كأي علبة أخرى حيث إنه يرتفع وينخفض لمستوى شئ ويتم التعامل به ويمكن أن يصبح محلاً للذمة المالية ويمكن أن نقول فيما بعد أنه قد تأمرك" (J:Jacques): الاتفاقيات المتعلقة بجسم الإنسان.

Rev. Crit. De legis et deJuris 1933.

راجع في ذلك: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ ٣٦٤.

(٣) انظر في عرض فكرة الرضاء بمقابل بوجه عام: رضاء المجني عليه وآثاره القانونية "دراسة مقارنة"، د/ حسني محمد السيد الجدع، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٨٣م، صـ١٣٧ وما بعدها.

مشكلة قانونية، فالتصرفات التبرعية، والمعاوضة، مشروعة على حد سواء، وما كان المقابل أو الأداء المالي من شأنه أن يبطل أي تصرف قانوني، والقول بأن جسم الإنسان يجب أن يكون بعيدًا عن دائرة المعاملات، لا يصلح في حد ذاته مبررًا للاعتراض على تقاضي مبلغ مقابل التنازل عن أعضاء الجسم، طالما أننا قد أبحنا إمكان التنازل في حد ذاته[1]، فهذا المبدأ لم يهدف إلى إباحة التصرف التبرعي وتحريم التصرف بمقابل[2].

فمتى كان الباعث على نقل وزراعة العضو هو إنقاذ النفس البشرية من الهلاك، فلا عبرة ببعض البواعث الأخرى، لأن القاعدة العامة في الفقه أنه إذا تعددت البواعث للتصرف القانوني فإنه يجب النظر إلى الباعث الرئيسي[3]، فإن كان مشروعاً فلا غبار علي هذا التصرف حتى لو كانت البواعث الثانوية غير مشروعة[4].

وكما هو معروف فإن الشخص المريض بالفشل الكبدي قد وصل إلى مرحلة تهددد حياته، وبالتالي فإن إنقاذ حياته من الهلاك هو أمر مشروع، ومسألة التبرع قد تمثل عائقًا أمام إنقاذ حياة مريض الزرع، حيث لا يوجد المتبرع الذي يمكن الحصول منه على العضو الذي يتوقف عليه إنقاذ حياته إلا بمقابل مالي، فهل يجوز التمسك بمبدأ المجانية أو التبرع حتى يفارق المريض الحياة، أم أن التقييم الحقيقي للحياة يجعل المال

---

(١) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ ١٣٤، ونفس المعنى، أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ ٣٢٤.

(٢) انظر: مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، د/ حسام الأهواني صـ ٣٢،دار النهضة العربية، القاهرة سنة ١٩٧٢م.

(٣) انظر: الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د/ عبدالرزاق السنهوري، فـ ٢٨٣ صـ٤٥٧ وما بعدها، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، د/ محمد لبيب شنب، فـ١٦١– ١٦٥، صـ٢٠٢،٢٠٨، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د/ محمود جمال الدين زكي، فـ ١١٤–١١٦، صـ٢٠٨، ٢٢٠، طبعة ١٩٧٦م، مطبعة جامعة القاهرة، ودروس في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د/ أحمد سلامه، صـ١٥٠، ١٥٢، طبعة ١٩٧٥، دار التعاون للطبع والنشر، والموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، د/ عبدالودود يحي، صـ١٢٤، ١٢٧، طبعة ١٩٨٥، دار النهضة العربية، والنظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، د/ جميل الشرقاوي، صـ ١٨٧، ١٩٢، طبعة ١٩٨١م، دار النهضة العربية، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين فـ٤١ صـ٩٢ وما بعده، ومحاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، د/ نزيه صادق المهدي طـ ١٩٨٢م صـ ٣٢٤، ٣٢٨، مطبعة جامعة القاهرة، ونظرية السبب د/ عبدالرحمن مصطفى عثمان، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة سنة ١٩٨٤م، صـ٣١١، ٣٢٠.

(٤) راجع تفصيل ذلك: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد صـ٩٤، هامش ٣.

مسخرًا في سبيل إنقاذها، وبالتالي فإن دفع مقابل للعضو قد يكون فيه حفظ وإنقاذ لحياة المريض ؟

الواقع أنه لما كانت الحياة أعظم مال[1] فإن ما يدانيها من الأموال يكون نداء لها، والمال يأتي في مقدمة ذلك.

ونظرًا للتقدم الطبي الذي هيأ سبيلاً جديدًا لإسعاف البشر، فإن رجال القانون حرصوا على أن يتخطوا ويزيلوا هذه العقبات، واحدة تلو الأخرى، والمقابل قد يكون السبيل الوحيد للحصول على قطع الغيار اللازمة من غير الأقارب على الأقل، فالموت لا يمهل أحداً حتى يعثر على متبرع.[2]

وحقًا كما يقول البعض[3] إن البدن يقشعر عند طلب مبلغ من المال مقابل جزء من الجسم، ولكن الأسوأ من ذلك هو أن يكون عدم دفع المقابل مؤديًا لموت المريض، فالثمن قد يكون في الواقع ثمن الحياة، وإذا كانت الحياة لا تقدر بمال، فإن ذلك لا يمنع من إبقائها بالمال، وبوجود المقابل يمكن إنقاذ الحياة، ولا يقف المال عثرة أمام إنقاذ الحياة، أو بمعنى آخر إن الحياة لا تكون فداء للمال، ولكن التضحية بالمال واجبة من أجل إنقاذ الحياة.

ويؤيد ذلك بعض الفقه الفرنسي على لسان الفقيه "Decoq"[4] حيث يقرر مشروعية الحصول على المقابل، وذلك استنادًا إلى فكرة التعويض المالي الذي يجيزه القانون المدني، حيث أصبح من المتفق عليه في إطار التشريعات المدنية[5] أن الإنسان يجوز له أن يحصل على تعويض مالي مقابل الأضرار الجسدية أو البدنية التي تعود عليه نتيجة فقده لعضو من الأعضاء، فلا يوجد أيضًا ما يمنع من الحصول على مقابل

---

(١) فكرة المصلحة في قانون العقوبات، د / حسنين عبيد، صـ٢٣٩. بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨م.

(٢) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ١٣٩.

(٣) المرجع السابق، صـ١٤١.

(4) (A) Decocq: Essaie dun thérie géneral des droit sur le personne? p. 119. 1960,TH (Paris).

مشار إليه في: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧١.

(٥) انظر على سبيل المثال المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري.

مالي، مقابل التنازل عن أحد أعضائه، فالحصول على المقابل في الحالتين هو أمر مشروع[1].

ويرى البعض أن إباحة بيع الأعضاء والأنسجة البشرية قد يساهم في مواجهة الفقر في بعض المجتمعات، حيث يمكن لمن يعاني من انخفاض في مستوى الدخل أن يلجأ إلى بيع أعضاء جسمه طالما أن ذلك لا يعرضه للخطر، وبالتالي فإنه يستطيع أن يوفر دخلاً يخفف به من التزامات الدولة، إلى جانب حمايته من التعرض للانحراف أو المشاكل الاجتماعية المتعلقة بالفقر، وانخفاض الدخل[2].

ولذا فإنه على الدولة أن تقوم بإصدار تشريع يحدد التسعيرة لأجزاء الإنسان، وشروط البيع بالجملة أو بالمفرد، لأن تسعيرة الأعضاء لن تغير من طبيعة الإنسان، وليس فيها إهدار لكرامته، ومحل العقد مشروع في هذه الحالة، فلا مجال للتفرقة بين عقد البيع والتبرع.[3]

ويرى البعض[4] أنه لحين تدخل المشرع لتقدير ثمن الأعضاء، فإنه يجب خضوع تقدير هذا المقابل بواسطة القاضي عضو اللجنة، وعلى القاضي أن يراعي مدى يسر المتنازل أو عسره وتقدير مدى أهمية العضو، وطالما أننا قد اقتنعنا بالمبدأ –في ذاته– فإنه لا وجه للتبرم من تقدير القاضي لذلك، فالقاضي يقوم بهذا الأداء في حالات مماثلة أو اشد منها كما لو قام بتقدير التعويض المترتب على قتل شخص أو إصابته بعاهة مستديمة.[5]

---

(١) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧١.

(٢) المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، د/ إيهاب يسر أنور علي، رسالة دكتوراه، عين شمس ١٩٩٤م، صـ٤٩٤، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبدالكريم، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٦م، صـ٤٩٧.

(٣) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ١٤١، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ ١٦٨.

(٤) د/ أحمد محمود سعد، في بحثه زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة صـ ٩٦.

(٥) راجع في ذلك: المسئولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، د/ محمد لبيب شنب، رسالة دكتوراه عام ١٩٥٧م فـ ٢٣٣ صـ٢٦٢ الناشر مكتبة النهضة المصرية، والضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المعاصر، د/ محمد نصر رفاعي، طبعة ١٩٧٨م فـ٥٣٨ صـ٦٨٦ وما بعدها، دار النهضة العربية، وانتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، د/ أحمد شرف الدين، فـ ٨-١٥ صـ ١١-٢٣، وزرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ ٩٦ .

وبناء على ذلك فإنه ليس بشرط أن يلزم بالمقابل ذات الشخص المستفيد من العضو بل من الجائز أن يلتزم به غيره، بشرط أن يقبل المجني عليه هذا الالتزام، فمن يقبل التبرع بإحدى "كليتيه" لإنقاذ حياة أحد المرضى نظير مقابل يلتزم به المريض أو غيره، لا يكون الالتزام في مواجهة الطبيب الذي يجري عملية "نقل الكلية"، وإنما يكون الالتزام في مواجهة المريض أو الشخص الذي قبل الوفاء بالمقابل[1]، كما لا يشترط أن يكون المقابل ماديًا، فقد يكون غير ذلك، إذ ليس في أحكام القانون الجنائي ما يحظر إمكان اعتبار المقابل شيئًا معنويًا[2]، وذلك على خلاف ما يقرره القانون المدني الذي يشترط في المقابل أن يكون ماديًا.[3]

رأي الباحث:

الواقع أن القول بما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه من جواز اشتراط المقابل أو العوض النقدي عند التنازل عن العضو هو أمر من شأنه أن يؤدي إلى إهدار القيمة الآدمية والكرامة الإنسانية، بل إن ذلك قد يجعل الأعضاء البشرية محلاً للتجارة، وأيضًا ظهور بعض العصابات للحصول على الأعضاء البشرية بأي وسيلة كانت، وذلك لتقديمها إلى جراحي السوق السوداء على حد قول البعض[4]، ولذا فإنه على رجال الفقه القانوني أن ينتبهوا إلى ذلك جيداً، لأنهم قد يلعبوا دورًا كبيرًا في حمل الكثير من الأشخاص على التنازل على الأعضاء مقابل تحقيق ربح مادي من وراء هذا التنازل[5] ولا سيما وأن مريض الزرع يرغب في إنقاذ حياته بأي ثمن، مهما كلفه الأمر من مال، لأن ماله أهون عليه من نفسه، وهذا ظاهر بوضوح في الإعلانات المتعددة التي تعرض مبالغ كبيرة ومغرية لحمل الغير للتنازل على أعضاء معينة، كما حدث في البرازيل حيث ظهر إعلان في إحدى

---

(١) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧٢.

(٢) رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، د/ حسني الجدع، صـ١٣٧.

(٣) انظر على سبيل المثال المادتين ٣٥٠، ٣٥١ من القانون المدني المصري، وغالباً ما يكون المقابل محددًا كتحديد مبلغ معين، أو القيام بعمل معين، ولكن ليس ثمة ما يمنع من كونه قابلاً للتحديد ومعنى القابلية للتحديد، وجود ضوابط وأصول يمكن إجراء التحديد على أساسها، ومثال ذلك أن يتبرع شخص إلى آخر بإحدى كليتيه على أن يزوجه المتبرع له من تبلغ من بناته أرفع درجة علمية بالمقارنة بدرجات شقيقاتها، إذ الضابط هنا هو الدرجة العلمية وهو أمر يسير التحديد وقد يكون التنازل أو التبرع لفتاة مريضة على أن يتفقا على الزواج منها بعد شفائها مقابل هذا التنازل، ينظر: رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، د/ حسني الجدع صـ١٣٨، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧٣.

(٤) البيولوجيا ومصير الإنسان، د/ سعيد محمد الحفار صـ١٧٤، ط (١٩٨٤).

(٥) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧٣..

الصحف هناك يطلب فيه الحصول على قرنية للعين مقابل (٤٠,٠٠٠ ألف دولار)، وغير ذلك من الإعلانات التي تتضمن عرض لبعض الأفراد الذين يرغبون في بيع أعضائهم، مما يؤكد أن الأعضاء البشرية أصبحت تجارة مربحة.(١) وللأسف الشديد فإن الأمر إذا تُرك على هذه الحالة فسوف يؤدي ذلك إلى شيوع تجارة الأعضاء مما قد يؤدي إلى جرائم خطيرة كخطف الأطفال، وسرقة الأعضاء وغير ذلك من الأمور التي تنجم عن ترك هذا الأمر دون رقابة أو ضوابط، علاوة على أن مثل هذه المعاملات تتعارض مع حق الفرد في المساواة في مجال الاستفادة من الرعاية الصحية، إذ إن الأساليب الطبية ومن بينها زرع الأعضاء التي تهدف أساساً إلى إنقاذ حياة فرد في العديد من الحالات لا يجب أن تحدد بناءً على قدرة المريض على الدفع(٢) وإلا فإن المستفيد من هذا كله هم الأغنياء أما الفقراء فلن يكون لهم نصيب في هذا النوع من الرعاية الصحية، وبالتالي فإن السماح بهذه التجارة لا يخدم المجتمع بأي وجه من الوجوه، لأنه إذا كان من المقبول أن يتم السماح بعمليات نقل وزراعة الأعضاء، فإن ذلك أنما أبيح للضرورة والضرورة تقدر بقدرها، ولذا يجب على المشرع أن يتدخل ليوقف هذه التجارة الخبيثة وينص صراحة على حظر المقابل بجميع صوره، ولا يسمح بذكر أي مقابل حتى لو كان في شكل هدية، لأن ذلك وعلى حد قول أستاذنا الدكتور مصطفى عرجاوي(٣): "أسلوب احتيالي يخفي ورائه تجارة بشعة في الأعضاء البشرية، ظاهرها الإهداء أو المكافأة وباطنها المتاجرة والاستغلال إلى أبعد الحدود فالمجل غلق هذا الباب بصورة قاطعة بنص قانوني صريح يحول دون المتاجرة بالأعضاء البشرية غير المتجددة (الكبد والكلى)... مع وضع قواعد صارمة لتنظيم هذه العملية بحيث لا يسمح بالتلاعب أو التأويل أو التعديل أو التغيير، فالنص القانوني الواضح في هذا المضمار بالذات يحمي إنسانية الإنسان ويصون كرامته"، وإزاء هذا النقض للقائلين بجواز بيع الأعضاء البشرية برز الاتجاه القائل بتحريم بيع الأعضاء البشرية قانوناً.

---

(١) انظر جريدة الأخبار، بتاريخ ٩ يناير ١٩٨٢ بعنوان: "قطع غيار بشرية للبيع بسعر أعلى" عدد ١٩٤٠ صـ٧، وأيضًا بتاريخ ٥ يناير ١٩٨٥ بعنوان: "عندما تتحول الإنسانية إلى تجارة ... بيع قطع غيار الإنسان تجارة مربحة" العدد ٣٠٠٢، صـ٥، بل إن الأمر قد وصل إلى أن بعض المرضى يطلبون الحصول على الكلية من أي شخص مقابل أي مبلغ يريده المتنازل عن الكلية أو بائعها، انظر ذلك وغيره من الإعلانات الخاصة بالحصول على هذا العضو، جريدة الأخبار، بتاريخ، ١٩٨٦/٤/٣٠، صـ٧.

(٢) رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٥٠٢.

(٣) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ ٣٣٠، ٣٣١، هامش (١).

الفرع الثاني

حرمة بيع الأعضاء البشرية في القانون المدني

بالنظر في القوانين التي أجازت نقل وزراعة الأعضاء البشرية[1] نجد أنها احتاطت لمسألة بيع الأعضاء فأوجبت أن يكون التنازل عن الأعضاء بدون مقابل، وأن يكون الدافع إليه هو الحب والتضامن الإنساني والتراحم بين الناس، والتضحية المترافقة بالإيثار، وليس الربح أو المقابل المالي[2] لأن بيع أعضاء الإنسان فيه استهانة بكرامة الإنسان، وجعله كسلعة من السلع التي تقبل العرض والطلب، وقد ينتج عن ذلك أن تتكون بعض الجماعات التي تهدف إلى ابتزاز المعطي والمريض، أو تتشكل عصابات هدفها القتل والسرقة والتهديد، واستخدام الأطفال والقصر والمصابين بتخلف عقلي كمصدر للحصول على الأعضاء وتصبح هناك تجارة عالمية تدور في الخفاء[3].

وبالنسبة للقانون المصري فإن الأصل فيه عدم جواز التصرف بمقابل نقدي في أجزاء الجسم البشري غير المتجددة (كالكبد والكلى)[4] فجسم الإنسان إذاً هو خارج عن التعامل القانوني مادام مخصصاً للمحافظة على الشخص وما دام في خدمة هذا الشخص[5].

وبالتالي فإن احترام جسم الإنسان يعتبر مبدأً من مبادئ الأخلاق الاجتماعية، بحيث يؤدي مخالفته إلى بطلان الشرط الذي يقضي بدفع المقابل، وبلغة القانون يُقال: بأن التصرف القانوني يجب أن يكون مشروعًا من حيث الباعث الدافع إلى إتمامه،

---

(١) راجع أيضاً ضمن التشريعات العربية: القانون العربي الموحد، لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث جاء في مادته السابعة ما يلي: "يحظر بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة كانت، أو تقاضي أي مقابل مادي منها، ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك"، مشار إليه: رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٥٠٥، هامش٤، وراجع التشريعات التي ذهبت إلى انتفاء المقابل المادي في: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٨٤ وما بعدها.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ ٨٢، ٨٧، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ ١٧٠، ١٧١.

(٣) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار صـ ١٩٠.

(٤) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ ٢٩٨.

(٥) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ٥٠ .

ضرورة لحماية الكرامة الإنسانية مما يتطلبه رفض الاتجار في جسم الإنسان، والمقابل المالي شأنه يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق تلك العمليات[1].

ولذا فقد رفض الفقه الفرنسي الحديث عن بيع الأعضاء البشرية من خلال قول الفقيه سافتيه(Savatier): "جسد الإنسان ليس محلاً للتجارة، ولا محلاً للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى هذه القيم، فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص أخر بدافع الحب وليس المال"[2].

بل إن مجرد اشتراط طلب التعويض يجعل من التبرع الإنساني عملاً تجاريًا، ولعل دماء الكادحين التي تشتريها بنوك الدم في مجتمعنا بثمن بخس من دراهم معدودات، يدفعنا إلى النفور من تشجيع العمل التجاري في جسم الإنسان[3]، فأي اتفاق يتضمن بيع عضو من أعضاء الإنسان يعد باطلاً لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة[4]، كما أن أي فعل يشكل مساساً بجسم الإنسان، ويكون من شأنه تعطيل وظائف الجسم الحيوية، أو وظيفة عضو من أعضاء الجسم يعتبر فعلاً مجرماً[5].

ومن هنا اعتبر البعض بأن من يتنازل عن جزء من جسمه من أجل مقابل نقدي هو شخص غير عاقل وغير رشيد[6]، هذا بالإضافة إلى أن التنازل عن جزء من الجسم بمقابل

---

(١) الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٩١، ١٢٥، التقرير المقدم لجمعية الطب والقانون المصرية التي انعقدت في مارس ١٩٧٦ والمنشورة بالمجلة الجنائية القومية وفي استنكار عملية بيع الأعضاء أيضًا انظر:

Bouzatet Pinatel: Traité de droit pénal et criminology to. P. 375، (1970).

مشار إليه: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧٥.

(2) R. Savatier: Les problemes juridque de transplantation. D'organes humaines. D.C.P. 1969, P. 2247.

مشار إليه في: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ١٣٠، ١٢٩، وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٧٣.

(٣) التبرع بالكلى البشرية وبيعها من وجهة النظر الثقافية والاجتماعية المصرية د/ سيد عويس، بحث مقدم إلى ندوة نقل الكلى والكلى الصناعية المنعقدة بمقر المركز القومي للبحوث الجنائية عام ١٩٧٦ والمنشور بالمجلة الجنائية عدد مارس ١٩٧٨ صـ٩٨.

(٤) عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ ١٧٤، وقد أدان الأطباء في ألمانيا الغربية الذين اجتمعوا في ميناء "لوميك" الواقع على بحر البلطيق في مؤتمرهم المهني الثامن والثمانين بأغلبية ساحقة أي محاولة للحصول على الأعضاء البشرية بشكل تجاري، وخاصة من فقراء الدول النامية، بغرض إجراء عمليات زرع الأعضاء، وقال الأطباء: إن مثل هذه التجارة في الأعضاء لا تحقق مصلحة للفقراء بل قد تسبب لهم الضرر. انظر في ذلك أخبار الأحد ١٩/٥/١٩٨٥ — العدد (١٠٢٩٦) صـ٢.

(٥) الحق في الحياة وسلامة الجسد، د/ محمد سعد خليفة، صـ١١٢.

(6) Bouzat et Pinatel: ap. cib. P. 375.

مشار إليه: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧٥.

ولشخص لا تربطه بالمعطي صلة قرابة مباشرة يدل على نوع من اليأس وتجرد عن العزة والكرامة، بل ذهب البعض إلى القول بأن هذا التصرف نوع من الرقيق وسلوك شائن[1].

وأما الاستناد إلى مشروعية المقابل المالي كما يقرره البعض[2] استناداً إلى ما قرره القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠[3] الخاص بتنظيم وجمع وتوزيع الدم ومركباته والقرارات الوزارية اللاحقة له والتي تحدد قيمة المقابل، فإنه لا يجوز لأن مسألة الأعضاء تحكمها اعتبارات تتعلق بالكرامة الإنسانية ذاتها ولأن المقابل فيها لا يعوض الإنسان عن العضو الذي تنازل عنه بخلاف الدم، فإنه يمكن تعويضه وتجدده وبالتالي يمكن تكرار وإعادة عمليات التنازل، ولأن الأخذ بذلك من شأنه أن يجعلنا إزاء ما يسمى "بعقد بيع الأعضاء"، وهو ما لا يتفق مع طبيعة الأعضاء لخروجها عن دائرة الأموال[4].

فإذا ما تم الاتفاق على مقابل مالي فإن شرط المقابل يكون باطلاً دون التنازل عن العضو، متى كان هذا التنازل في إطار المشروعية المقررة لعمليات نقل الأعضاء فيما بين الأحياء، بل إن هناك من دعا لتقرير عقوبة على ذلك كما فعلت بعض القوانين الأجنبية -كالقانون الإيطالي والفنزويلي — التي ذهبت إلى تقرير العقوبة لكل شخص يتوسط بقصد الحصول على مقابل نقدي للحصول على أعضاء بشرية لأغراض علاجية[5].

---

(١) انظر ذلك في الآراء المنسوبة لبعض فقهاء القانون حول هذا الموضوع ما نشر بجريدة الأهرام بتاريخ أول يناير ١٩٧٦م، العدد ١٣٠.

(٢) هناك شبه إجماع بين رجال الفقه القانوني على أن المشرع المصري يبيح بيع الدم البشري من خلال ما وضعه من قواعد نص عليها في القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠م، راجع تفصيل ذلك: أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي صـ ٣١٢ وما بعدها، وراجع في تأكيد توجه المشرع المصري لإباحة بيع الدم البشري: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الأهواني، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول يناير ١٩٧٥م صـ ١٣٨، ١٣٩، والتصرف القانوني في الأعضاء البشرية، د/ منذر الفضل، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٩٠م، صـ ٦٩. وعقد العلاج الطبي، د/ محمد السعيد رشدي، مكتبة سيد عبدالله وهبه، القاهرة، ١٩٨٦م، صـ١٤٤. زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد صـ٥٠، معصومية الجسد، د/ حمدي عبدالرحمن (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول والثاني يناير، يوليو سنة ١٩٨٠م) صـ ١٣٥، ومشروعية التصرف في جسم الآدمي في القانون الوضعي والفقه، د/ سعيد عبدالسلام، مجلة المحاماة العدد (٩. ١٠) السنة السبعون، ١٩٩٠م، صـ٩٨.

(٣) الجريدة الرسمية في ١٢ يونيو ١٩٦٠م.

(٤) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٧٦، ونفس المعنى: المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، د/ إيهاب يسر أنور علي، صـ٤٩٦، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٥٠٠.

(٥) الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء، د/ أحمد شرف الدين صـ١٢٦، وانظر على سبيل المثال المادة السابعة من القانون الإيطالي رقم ٤٥٨ — الصادر في ٢٦/٦/ ١٩٦٧م، والخاص بنقل الكلى من الأحياء.

ومن هنا يتضح لنا أن عملية بيع الأعضاء، أو التنازل عنها مقابل الحصول على كسب مادي من شأنه أن يجعل الأعضاء داخلة في إطار الأموال، وبالتالي يكون فيه إهدار للكرامة الإنسانية التي ينأى بها عن أن تكون أعضاء الإنسان سلعًا تباع وتشترى، أو وسيلة لكسب المال – أي داخلة في إطار التعامل–[1]، بالإضافة إلى ما يؤدي إليه ذلك من خلق جو من الصراع في اعتداء الشخص على نفسه أو على غيره للحصول على أعضاء الزرع، خاصة أمام المغريات المادية المعروضة مقابل الحصول على الأعضاء، مما يؤدي إلى وجود ما يسمى بعصابات السوق السوداء للأعضاء البشرية.

ومن هنا كان وجه الاستياء والاستنكار تجاه هذا الرأي، مما جعل هناك اتجاهًا آخر يسود في مجال نقل وزرع الأعضاء هو القول بأن التنازل لابد أن يكون على سبيل الهبة أو التبرع، وهذا ما تقره غالبية التشريعات والفقه اللذان يقرران صراحة مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء خاصة فيما بين الأحياء – وكذلك المؤتمرات الدولية التي عقدت خصيصًا من أجل ذلك[2].

---

(١) انظر:

Louis Jusserand: La personne humain dans le commerce juriclique D.P.I.

وانظر: نقض ١٩٦٦/١١/٢٣ منشور في داللوز ١٩٦٦ صـ٢١٣، مشار إليه في: أصول القانون، د/ حسن كيره، صـ٥٨٤ بالهامش.

(٢) وفي هذا الإطار تم تنظيم عدة مؤتمرات دولية تتعلق بموضوع الاتجار في الأعضاء من أجل محاربة هذا النوع من التجارة، وفي هذا الصدد صرحت لجنة تعليمات جمعية نقل الأعضاء بفرنسا، أن بيع أعضاء المتبرع الحي أو الميت غير مقبول مهما كانت الظروف.

كما تبنى المجلس الأوربي هذا المبدأ بالقرار رقم ٢٩ – ١٩٧٨م بتاريخ ١١ مايو ١٩٧٨م، والمتعلق بتنسيق تشريعات الدول الأعضاء فيما يتعلق باقتطاع وزرع مواد حيوية ذات أصل إنساني، حيث نص في المادة التاسعة منه على مجانية التبرع بقوله: "يجب أن يكون التنازل عن كل ما يتعلق بجوهر الإنسان مجانيا".

كما تبنت الجمعية الطبية العالمية للصحة في اجتماعها الثاني والأربعين المنعقد بتاريخ ١٥ مايو ١٩٨٩م القرار رقم ٥ – ٤٢ بتشجيع تطبيق المبادئ الأخلاقية التي تستنكر شراء وبيع الأعضاء البشرية من أجل الزرع.

راجع في ذلك: رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٥٠٢ وما بعدها.

المطلب الثاني

التبرع[1] بالأعضاء في القانون المدني

من خلال العرض السابق ظهر جلياً أن التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع هو أمر غير مشروع، نظرًا لأنه يؤدي إلى اعتبار الأعضاء داخله في نطاق التجارة البشرية، أوسيلة للكسب المالي وإهدار لكل معاني الكرامة الإنسانية.[2]

ومن هذا المنطلق فإن الفقه والتشريعات الحديثة التي أقرت مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء فيما بين الأحياء، تشترط في مشروعية التصرف في الأعضاء أن يكون تبرعًا[3]، أو مجانيًا، لأن هذا يتفق مع طبيعة المشروعية المقررة للتنازل، لأن المشروعية لم تتقرر إلا استثناء من الأصل العام الذي هو عدم جواز التنازل إلا من أجل إنقاذ حياة مريض ميئوس من شفائه، إعمالاً للمبادئ القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الاجتماعية أو النفع العام[4].

ومرجع ذلك أن جسم الإنسان خارج عن نطاق التجارة القانونية بطبيعته، فإذا ما تم التنازل عن معصومية هذا الجسد لفائدة المجتمع، وبالتالي دخوله في دائرة التعامل، فإن ذلك ليس طليقًا من كل شرط، لأن هذا الدخول مرهون ومنوط بأخلاقية الباعث على الاتفاق، وعقد البيع يمثل خروجًا أكيدًا على الحدود التي يستطيع فيها الإنسان التصرف في جزء من جسمه[5]، لما في ذلك من إهدار للكرامة الإنسانية التي يجب

---

(١) عقد التبرع هو عقد يولي به أحد الطرفين الأخر فائدة معينة دون أن يحصل هو على أي مقابل لما تصرف فيه للطرف المستفيد من ذلك، انظر المادة ١١٠٥ من القانون الفرنسي، مشار إليه: أحكام نقل الدم أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي صـ٣٠٨.

(٢) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٨٤.

(٣) والتبرع بوجه عام ليس تصرفاً قانونياً وإنما هو وصف يلحق بالتصرفات القانونية، انظر: أحكام نقل الدم أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ٣٠٨، وراجع في التمييز بين الوصف والصفة: النظرية العامة للقانون، د/ مصطفى الجمال، د/ عبدالحميد الجمال، طبعة الدار الجامعية ١٩٨٧م صـ ٣٣٥،٣٣٦، فعقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه، فيدخل في عموم التبرع: عقد الهبة، والوكالة بغير أجر، والإعارة، والكفالة بغير مقابل، والوديعة والقراض إن كانت بغير عوض، نظرية العقد، د/ السنهوري، ط ١٩٣٤م صـ١٣٦ .

(٤) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٨٤.

(٥) الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٢٧، بحث مقدم لندوة نقل وزرع الأعضاء البشرية التي نظمتها جمعية الطب والقانون المصرية في مارس ١٩٧٦م، ومنشور بالمجلة الجنائية السابق الإشارة إليها.

المحافظة عليها لا إهدارها، ولذا فإنه ينبغي كما أسلفنا أن يكون التصرف في العضو تبرعاً، والتبرع إما أن يكون من الهبات أو من عقود التفضيل، فإن نقصت ذمة الشخص بتقديم شئ أو التنازل عن عضو، عُدّ التصرف هبة، وإن كان التصرف بتقديم خدمة أو منفعة دون نقصان بالذمة كالإعارة والكفالة بدون أجر عدّ التصرف من عقود التفضيل[1].

والذي يتمشى مع مجال بحثنا هو عقد الهبة[2]، ولذا فإن أحكام التبرع بالكبد تُدرس من خلال عقد هبة الأعضاء، لأن التبرع وصف يلحق التصرف القانوني — كما أسلفنا– للتأكد (في حالة الهبة) على أن الواهب مثلاً يعطي أثناء حياته أحد أعضاء جسده بدون مقابل، وأن الباعث الدافع على التعاقد هو مجرد التبرع بهذا العضو.

ولأن الهبة أشد خطراً على المتبرع من عقود التفضيل، فإن المشرع قد أحاط عقد الهبة دون غيره من عقود التفضيل بالشكلية الرسمية والكتابية للانعقاد،[3] وجعل لها أربع مقومات هي[4]:

– أنها عقد ما بين الأحياء.
– أنها ترد على الأموال ويقوم الواهب بالتصرف بها.
– انتفاء العوض.
– نية التبرع.

فالهبة الواردة على الأعضاء على الرغم من أنها تمثل خروجاً على مبدأ حرمة الجسد البشري ومبدأ معصوميته، ولكن القانون يتغاضى عن ذلك إذا ما تم برضاء المعطي الصحيح في حدود عدم الإضارة به، وذلك إعمالاً لمبدأ التعاون الإنساني بين الناس.[5]

---

(١) راجع: عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٧٥.
(٢) عرف القانون المصري في مادته ٤٨٦ الهبة بأنها: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتحرر عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين".
(٣) نظرية الالتزام في القانون المدني، د/ أحمد حشمت أبوستيت، الكتاب الأول، مصادر الالتزام صـ ٦٣، ٦٤ الطبعة الثانية ١٩٥٤م.
(٤) راجع هذه المقومات في: الوسيط في شرح القانون المدني، د/ عبدالرزاق السنهوري (العقود التي ترد على الملكية) ط دار إحياء التراث العربي جـ ٥ صـ ، نظرية الالتزام في القانون المدني، د/ أحمد حشمت أبوستيت، صـ٦٣، أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ٣٠٧، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٧٤.
(٥) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ٣٠٨ .

ومما لا شك فيه أن القيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى هذه القيم، فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال[1]، وذلك من منطلق التضامن الإنساني، والتعاون من أجل إنقاذ حياة إنسان ميئوس من شفائه، وذلك متى كان يرجى من ورائه مصلحة اجتماعية تفوق مصلحته الشخصية فيما يحصل عليه من المال[2].

وإذا كان الأصل عدم جواز التصرف في جسم الإنسان فإن الخروج على ذلك الأصل يجب أن يكون بدون مقابل، فالتبرع هو الذي يحفظ لجسم الإنسان كرامته لأنه يجعل الجسم خارجًا عن المعاملات المالية.[3]

ولذا ينبغي أن يكون انتفاء المقابل هو الأساس فلابد أن تكون الهبة غير مشروطة. فقد يصعب في بعض الحالات الحكم على بعض التصرفات التي يقوم بها الواهب أو المتبرع، كما لو تبرع أو وهب أحد أعضائه مقابل الحصول على عمل شريف، أو قطعة أرض، أو شقة سكنية يسكن فيها، فهنا تنتفي الصفة التبرعية، ولذا لم تجز بعض الأنظمة هذه التصرفات القانونية، رغم أن جوهر الالتزامات المدنية يختلف كثيراً عن حالة بيع الأعضاء الآدمية بسبب الحاجة إلى المال، ومثل هذه الأعمال تكثر في ظل المجتمع الرأسمالي حيث ينتعش الاستغلال من القوي للضعيف، وينشط دور السماسرة والتجار.[4]

فالصفة التبرعية للتصرف في العضو المستقطع تجعل من هذا التصرف أداة قانونية ملائمة، وتجعله متفقاً مع الكرامة الإنسانية، بل إن التصرف بالمقابل النقدي يتعارض مع الآداب العامة.[5]

---

(1) R. Savatier: Les problèmes juridiques de transplantation. D'organes humaines. D.C.P 1969, P. 2247.

مشار إليه في: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ٨٢ – ٨٣. ونفس المعنى: مسئولية الأطباء، د/ أسامة قايد، صـ٤٢١.

(٢) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٨٥ .

(٣) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الأهواني صـ١٣١، ونفس المعنى: المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، د/ إيهاب يسر أنور، صـ٤٩٦.

(٤) التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، د/ منذر الفضل صـ٦٦، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٧٥.

(٥) الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء، د/ أحمد شرف الدين –: صـ١٢٨ وما بعدها.

وحفاظًا على معنى التبرعية في التنازل عن العضو الذي يتفق والكرامة الإنسانية، فإن البعض من الفقهاء ينادي بقصر التبرع على ذوي القرابة من ذوي الدم للمريض، لأن التنازل من غير الأقارب من شأنه أن يؤدي إلى تحول التصرف في الجسم إلى بيع بدلاً من التبرع أو الهبة، فمنع غير الأقارب من التنازل يمنع هذا الاحتمال الخطير[1].

ومن هذا المنطلق فإن الفقه الحديث، والتشريعات الحديثة[2] تنص صراحة على وجوب أن يكون التصرف في الأعضاء على وجه التبرع، وهذا ما أكدته لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بتاريخ ٥ سبتمبر سنة ٢٠٠٣م، حيث نصت في المادة (٥١) على أنه: "يحظر الاتجار في الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية والجينات البشرية، ولا يجوز بأي حال من الأحوال للطبيب المشاركة في هذه العمليات، وإلا تعرض للمساءلة التأديبية"[3].

---

(1) Dierkens (R): Les droits sur la crops la cadaure de l'homme. P. 30 et 61 Paris (1966).
مشار إليه في: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٨٦ .

(٢) انظر على سبيل المثال المادة الأولى من التشريع الإيطالي رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٦٧م، الخاص بنقل الكلى فيما بين الأحياء، حيث يُشترط أن يكون التصرف في الكلية مجانيًا، والمادة السابعة من القانون والتي تعاقب كل شخص يقوم بالوساطة بهدف الحصول على ربح في المسائل الخاصة بالتبرع بالكلية، راجع في ذلك: مجلة المحاماة العددان التاسع والعاشر، السنة السبعون، صـ١٠٣، ١٠٤. وانظر أيضًا: التشريع العراقي رقم ٦٠٣ لسنة ١٩٨١م، الخاص بزرع الكلى حيث يقرر المجانية في الحصول على الكلية من الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها.
وفي الفقه القانوني انظر:
الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء، د/ أحمد شرف الدين — التقرير السابق صـ١٢٨، والمسئولية الجنائية للأطباء، د/ أسامة قايد، صـ٤١٠، ورضاء المجني عليه وآثاره القانونية، د/ حسني الجدع، صـ١٤١، ٤٨٧، والمظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/ رياض الخاني، المجلة الجنائية القومية المصرية، العدد الأول، المجلد الرابع عشر، مارس ١٩٧١م، صـ٢١، وانظر: توصيات المؤتمر العالمي المنعقد في بيروجيا عام ١٩٦٩م، حيث يقرر من بين توصياته أن هبة الأعضاء يجب ألا تكون بدافع الطمع أو الربح، بل بدافع إنساني وبشكل مجاني — انظر هذه التوصيات في: المرجع السابق صـ٢٧.

(٣) ينظر: لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م، بتاريخ ٥ سبتمبر سنة ٢٠٠٣م، بعد العرض والموافقة من الجمعية العمومية المنعقدة في ٢٠٠٣/٣/٢١م. ومؤتمر النقابات الفرعية لأطباء مصر في الفترة من ٤ — ٢٠٠٣/٧/٦م.

وقد اقترح البعض من أجل نجاح برامج زراعة الأعضاء في مصر أن تقوم حملة إعلامية مكثفة لحيث الجمهور علي التبرع بالأعضاء حال الحياة أو الإيصاء بها بعد الوفاة.[1]

بل إن بعض الندوات التي عقدت خصيصًا لذلك، أوصت بتهيئة المناخ المصري عن طريق حث المواطنين على التبرع بالكلى، أو أي عضو من أعضاء الجسم إلى جسم آخر في حاجة إليه، وذلك عن طريق أجهزة التنشئة الاجتماعية في المجتمع متمثلة في الأسرة والمؤسسات الدينية والتعليمية وأجهزة الإعلام والثقافة[2].

ولا يجوز للدولة أن تتدخل لتجبر الأفراد على التبرع[3]، لأن التبرع يقوم على التطوع لا القهر، وليس هناك ثمة مانع في أن يُمنح المعطي بعض المزايا الاجتماعية.[4]

فعدم مشروعية المقابل يرجع أساسًا إلى اعتبارات تتعلق بالأعضاء من الجانب الأدبي الذي يمس الكرامة الإنسانية، والآدمية، حتى لا تكون الأعضاء، سلعًا تباع وتشترى، وهذا ما يتنافى وغاية المشروعية في التصرف في الأعضاء.[5]

وضرورة كون التصرف بدون مقابل لا يتنافى مع تعويض المتنازل عما فقده من وقت أو من قوى نتيجة تبرعه، ولذلك فإنه لا يمنع من تقديم هدية أو نيشان للمتنازل، وذلك على سبيل التشجيع وليس على سبيل المعاوضة. أو المكافأة، بل ليس هناك ما يمنع من مساعدته على الشفاء بتقديم المال اللازم[6].

(١) عطاء الكلية لزراعتها في المجتمع المصري. د/ زكريا الباز. بحث مقدم لندوة نقل الكلى والكلى الصناعية والمنشورة بالمجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨، صـ١٣٩. ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٨٦.

(٢) انظر: توصيات ندوة نقل الكلى والكلى الصناعية، المجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨ صـ١٥٢، والمؤتمر الطبي الدولي الخامس عشر الذي نظمته جامعة الأزهر بالقاهرة، انظر: جريدة العالم الإسلامي، العدد ١٨٧٥– الاثنين ٢٧ ذو الحجة ١٤٢٥ هـ ٧/٢ / ٢٠٠٥م، الصفحة الثامنة (طب).

(٣) المظاهر القانونية لعمليات نقل القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/ رياض الخاني، صـ٢١.

(٤) زراعة الأعضاء والقانون، د/ أحمد شرف الدين، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة، صـ١٦٧.

(٥) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٥٨٧.

(٦) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الأهواني صـ ١٢٩، ١٣١.

وقد يكون المقابل شيئًا معنويًا مشروعًا طالما لم يكن هذا المقابل هو الدافع على التنازل، وليس في أحكام القانون – كما سبق القول – ما يحظر إمكان اعتبار المقابل شيئًا معنويًا[1].

وبوجه عام يرى البعض[2] بأنه لا مانع من أن يُمنح المعطي بعض المزايا الاجتماعية تعويضًا له عن الأضرار التي يتعرض لها من جراء التنازل ومن هذه المزايا:

بعض التعويضات في مقابل الأضرار المادية التي لحقته من جراء تعطيله عن عمله أثناء القيام بالعملية، وإنقاص قوته الجسدية[3]، أو أدبي يتمثل في إحساسه بفقد أحد أعضائه، وبصفة عامة كل ما فاته من كسب، على أن يُقصد بهذه التعويضات التخفيف من هذه الأضرار، وليس قط مقابل العضو ذاته[4].

وهذا المعنى في هذا المقابل أو المزايا كان محل اعتبار لدى المشرع عند إصداره للتشريع الخاص بتنظيم بنوك الدم[5].

إبرام عقد تأمين من شأنه تغطية المخاطر التي تتعلق باستقطاع العضو في المستشفى التي يتم فيها عملية النقل، وهذا التأمين يعتبر عنصرًا من عناصر المرفق العام لاستقطاع الأعضاء، والالتزام بإبرام تأمين هو التزام قانوني يفرضه القانوني، وهذا الالتزام لا يؤثر على الصفة التبرعية[6] للتنازل عن الأعضاء.

---

(١) انظر: رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، د/ حسني الجدع، صـ١٣٨.

(٢) د/ أحمد شرف الدين، في بحثه: الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء، التقرير السابق صـ١٢٨ وما بعدها، ود/محمد زين العابدين طاهر، نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، صـ ٥٨٧ وما بعدها.

(٣) وهذا ما أكدته توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة، والقانون الجنائي التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين التي عقدت في ٢٣، ٢٤ من شهر نوفمبر ١٩٩٣م، بجامعة القاهرة، من وجوب حصول المتبرع على التعويضات المناسبة من جراء عملية الاقتطاع، يلتزم بدفعها المستقبل للعضو، في حين يجب أن تتكفل الدولة بالنفقات اللازمة لعلاج المتبرع من جميع المضاعفات الناجمة عن عملية النقل، راجع في ذلك: المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، د/ إيهاب يسر أنور، صـ٥٠٤.

(٤) الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء،د/ أحمد شرف الدين،التقرير السابق صـ١٢٩.

(٥) انظر القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠م، الخاص ببنك الدم وتجميعه وتوزيعه حيث يقرر إعطاء بعض المكافآت لمتبرع أو لمعطي الدم، بالرغم من وجود معنى التبرع بالدم ولا يعتبر ذلك بيعًا له.

(٦) الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٣٠.

وقد يكون المقابل في صورة إبرام وثيقة تأمين لصالح المريض أو لصالح أسرته[1]، وقد تستهدف الوثيقة ضمان حصول المتنازل على دخل معين يكون من شأنه تفادي أي نقص في القدرة على الكسب ينتج من الجراحة.[2]

(1) وتقرر المادة ٦٦٧ من قانون الصحة العامة رقم ٨٤٦ لسنة ١٩٦١م والصادر في ١٢ أغسطس (فرنسا)، على ضرورة إبرام تأمين ضد المخاطر الناجمة عن تغير تركيبة دم المعطي. انظر: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٨٧، هامش ٣.

(2) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الأهواني، صـ١٤٢.

المبحث الثاني
التصرفات الواردة على الكبد في الفقه الإسلامي

نظرة الفقه الإسلامي لجسد الإنسان:

الفقه الإسلامي ينظر للإنسان نظرة تكريم وتعظيم، لأنه خليفة الله في أرضه، ولذا فإن أي تصرف يقع على جسم الإنسان فإنه ينبغي النظر إليه بعين الحيطة والحذر، ولدراسة أحكام هذه التصرفات التي قد ترد على الجسم البشري لابد من التعرض لأمرين على غاية كبيرة من الأهمية وهما: أولاً: طبيعة جسم الإنسان وهل يعتبر من قبيل الأموال، أم لا ؟ وهل هو طاهر أم لا؟ والأصل أنه لا يجوز التصرف في شئ إلا إذا كان مالاً، كما أنه لا يحل الانتفاع به إلا إذا كان طاهراً(١) وثانياً: التعرض لأحكام التصرفات التي ترد على جسم الإنسان، ولذا فإنه ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على الوجه التالي:

المطلب الأول: طبيعة جسم الإنسان في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أحكام التصرفات الواردة علي جسم الإنسان في الفقه الإسلامي.

---

(١) الفتاوى الهندية جـ٣صـ٨٨، و الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، طبعة دار الكتب المصرية ١٩٣٥، جـ٦صـ٢٨٩، والمغنى لابن قدام، الطبعة الثالثة، دار المنار ١٣٦٧هـ، جـ٤صـ٢٨٥،٢٤٨، وبدائع الصنائع، للكاساني جـ٤صـ١٩٠، ونيل الأوطار شرح منتقي الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للإمام/ محمد بن علي الشوكاني اليمني الصنعاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ الطبعة الثانية إدارة الطباعة المنبرية بمصر سنة ١٣٤٤هـ، جـ٢صـ٢٤٥، والفقه على المذاهب الأربعة، / لعبد الرحمن الحريري الطابعة الثانية، القاهرة سنة ١٩٣٣م، جـ٢صـ٣٠٢ .

المطلب الأول

طبيعة جسم الإنسان في الفقه الإسلامي

لكي يتسنى لنا الوقوف على طبيعة جسم الإنسان ونظرة الفقه الإسلامي له فإن ذلك يستدعى تناول أمرين يمكن من خلالهما التعرف على موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من جسم الإنسان، وذلك من خلال التعرض لبيان هل جسم الإنسان يعتبر من قبيل الأموال؟ وهل هو طاهر من عدمه؟ وهو ما نتناوله في السطور التالية:

أولاً: هل جسم الإنسان من الأموال[1] ؟

مما لا شك فيه أن الإنسان خلق مكرمًا شرعًا[2]، وقد أكد الله عز وجل هذا التكريم بقوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيَ ءَادَمَ ﴾ "سورة الإسراء من الآية ٧٠" ومقتضى

---

(١) المال في اللغة: كل ما تتموله النفس وتتملكه، قال الأزهري: تمول مالاً اتخذه قنية فقول الفقهاء ما يتمول أي ما يعد مالاً في العرف، والمال عند أهل البادية النعم، المصباح المنير للفيومي مادة مول صـ ٩٠٥، وجاء في تاج العروس: " المال ما ملكته من كل شيء"، تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي، منشورات دار مكتبة الحياة بيروت، جـ٨، صـ١٢١، وفي النهاية " المال في الأصل: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان " النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، المكتبة العلمية – بيروت، ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى – محمود محمد الطناحي، جـ٤ صـ١٢١.

وفي الاصطلاح: للفقهاء تعريفات متعددة للمال المتقوم تدور كلها حول ذلك الشيء الذي يحل الانتفاع به وقت السعة – أي في غير حالات الاضطرار الاستثنائية– ويقع تحت الحيازة ويتموله الناس بأن تكون له قيمة في السوق يضمنها متلفه.

عرفه الحنفية بأنه: "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم" حاشية ابن عابدين، جـ٤، صـ٥٠١ (دار الفكر–بيروت ط الثانية–١٤١٢هـ–١٩٩٢م)

وعرفه المالكية: بأنه: "ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعًا للانتفاع به "، أحكام القرآن لابن العربي، جـ٢، صـ٦٠٧ (دار الكتب العلمية ط١ د.ت).

وعرفه الشافعية بأنه: "لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلّت وما لا يطرحه الناس، مثل الفلس وما أشبه ذلك "، الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي، جـ٥، صـ١٧١، دار الفكر بيروت ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م، والأشباه والنظائر، للسيوطي صـ ٣٢٧ (دار الكتب العلمية ط١ – ١٤١١هـ–١٩٩٠م) وقال في المنثور: " المال ما كان منتفعا به؛ أي مستعدا لأن ينتفع به" المنثور في القواعد، لبدر الدين بن محمد بهادر الزركشي، جـ٣، صـ٢٢٢ (وزارة الأوقاف الكويتية ط الثانية– ١٤٠٥هـ–١٩٨٥م).

وعرفه الحنابلة بأنه: " ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة " كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، ط دار الفكر ١٤٠٢هـ–١٩٨٢م–تحقيق هلال مصيلحي، جـ٣، صـ١٥٢. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلي بن سليمان بن أحمد المرداوي، ط دار إحياء التراث العربي ط٢ د ت–تحقيق محمد حامد الفقي، جـ٤، صـ٢٧٠، وفي شرح المنتهي: "المال شرعا: ما يباح نفعه مطلقا ويباح اقتناؤه بلا حاجة"، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بـ «شرح منتهى الإرادات للبهوتي» جـ٣، صـ١٢ (عالم ط الأولى–١٤١٤هـ–١٩٩٣م).

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لشيخ زادة، جـ٢، صـ٦١٦.

هذا التكريم الثابت للإنسان يجعله في منأى عن أن يكون سلعة تباع وتشترى، أو يكون محلاً للعقود والتداول بالمال بين الناس، فالآدمي مكرم شرعاً، وإن كان كافراً، فإيراد العقد عليه وابتذاله به، وإلحاقه بالجمادات إذلال له، وهو غير جائز، وبعضه في حكمه[1].

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، أن فقهاء الشريعة الإسلامية قرروا أن من شروط صحة البيع أن يكون محله مالاً، لأن البيع مبادلة مال بمال، فلا ينعقد بيع الحر[2]، لأنه ليس بمال[3].

وإذا طبقنا مقاييس اعتبار الشيء مالاً على جسم الإنسان في مجموعه لوجدنا أنها لا تنطبق عليه بأي حال من الأحوال[4]، وإذا كانت بعض العلوم تعامل الإنسان على أنه شيء من الأشياء فلا يمكن لها مع ذلك أن تنكر أن في الإنسان جوهرًا خاصًا يمنع من محاولة الخوض في تشبيهه بالأشياء إلى منتهاه[5] لذلك ذهب الفقهاء إلى أن الإنسان، حيًا أو ميتًا، لا يمكن أن يكون محلاً ممكنًا ومشروعًا للمعاملات[6]، فالإنسان ليس مالاً[7] لا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل.[8]

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ صـ٨٥، ، وفتح القدير على شرح الهداية، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بالكمال ابن الهمام، طبعة المكتبة التجارية، القاهرة، ١٣١٨هـ، جـ٦، صـ٤٢٥.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـه صـ ١٧٢، وجاء فيها: " أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية " وقواعد الأحكام، لابن عبدالسلام، جـ٢صـ ١٤٣، وجاء فيها: " وكذا النهي عن بيع الحر، وعن بيع الملاقح، وبيع المضامين، فهذا كله محمول على فساد المنهي عنه "، والأشباه والنظائر للسيوطي صـ٣١٠.

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٦ صـ٣٠٠، والأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٣١٠.

(٤) التصرف في مكونات البدن ومنافعه في الفقه الإسلامي، د/ محمد أبو زيد الأمير، طبعة ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، بدون دار نشر، صـ٧١.

(٥) استعمال الحق كسبب للإباحة، د/عثمان سعيد عثمان، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٦٨م، صـ١٧٢.

(٦) بدائع الصنائع، للكاساني جـ ٥ صـ١٤٠، الفتاوى الهندية، جـ٤ صـ٢٩٥.

(٧) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة٧٤٢هـ، الطبعة الأميرية الأولي ١٣١٥هـ، جـ ٦ صـ١٣٨، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، دار الفكر، الطبعة الثانية — ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م، جـ٤، صـ٢٦٣، ٢٦٤.

(٨) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٩ صـ١٥٤، والفتاوى الهندية، جـه صـ٣٥٤.

فالشرع يأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه، معاملة الأموال[1] والشيء لا يعتبر مالاً، في الطبع أو في العرف، إلا إذا كانت له قيمة في الأسواق[2]، ومن الواضح أن هذا لا يصدق في حق الإنسان[3]، كما أن اعتبار جسم الإنسان مالاً يخالف العقل، لأن هذا الاعتبار يقتضي أن يكون الشيء خارج الإنسان، حين أن جسم الإنسان ليس شيئًا خارجًا عنه[4].

شبهة والرد عليها:

ذهب البعض إلى أنه من الممكن أن يكون لجسم الإنسان قيمة مالية يضمنها متلفه. مستندين في ذلك إلى أن الشرع يُلزم المعتدي بالدية، ضماناً لمن أُعتدي عليه[5].

ولكن هذا الاستدلال باطل وفاسد من ناحية أصله حيث إن الأصل في الضمان في الفقه الإسلامي، هو القضاء (أي المثل) الكامل صورة ومعنى[6]، وهو يتمثل في القصاص، والدية إذ تجب في الخطأ، وفي العمد بعد سقوط القصاص، إنما تجب صيانة للدم عن الهدر واحترامًا للإنسان[7]، بعد أن تعذر إيجاب المثل (وهو القصاص) لكون الجاني معذورًا في جناية الخطأ أو للعفو عنه مثلاً في العمد، فالدية لا تجب في هذه الحالات بطريق المثل، لأنها وهي مال، ليست مثلاً للإنسان، لذلك قيل أن الدية تجب للمجني عليه عوضًا عن حقه الأصلي في القصاص، لا عن حقه في السلامة الجسدية الذي حدث الاعتداء عليها[8].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م١٢٦، حاشية ابن عابدين، جـ ٤ صـ ٣، ١٥٠.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٥٥٣، فتح القدير، لابن الهمام، جـ٥ صـ١٨٦، ١٨٩. المبسوط، للسرخسي، جـ١١ صـ٧٨.

(٣) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ٥٩٢.

(٤) المبسوط، للسرخسي جـ٥ صـ١٢٥، صحيح البخاري، جـ١صـ١٧١، ١٧٥، ١٧٦.

(٦) انظر في عرض هذه الشبهة، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٩٦.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني، جـ٧، صـ٥٦، وجاء فيها: "أن حقوق العباد تجب بطريق المماثلة إما صورة ومعنى، وإما معنى لا صورة ؛ لأنها تَجِبُ بمقابلة المحل جبرا، وَالْجَبْرُ لا يحصل إلا بالمثل".

(٧) المبسوط، للسرخسي، جـ٢٦، صـ٦، وتكملة البحر الرائق، لمحمد بن حسين الطوري، ط ١٣٣٤هـ، جـ١، صـ٣٣٠، والضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ/علي الخفيف، معهد الدراسات العربية بالقاهرة، ١٩٧٣م، جـ٢صـ١٦٠ — ١٦١.

(٨) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي، ط ١٣٠٤هـ، جـ٧، صـ٢٩٣، ٢٩٥.

وإذا أمكن اعتبار إيجاب الشرع للمال كضمان للاعتداء على الإنسان من قبيل التقويم المالي له، فإن ذلك على سبيل الاستثناء، لأن الدية لا تقابل الجزء من الآدمي الذي وقع عليه الاعتداء، ولكنها تجبر ما فات من منافعه[1]، وحتى إن قيل بأن الدية تقابل ذات النفس أو العضو محل الاعتداء، فإن اعتبارها ضمانًا لما ليس بمال، وهو الآدمي[2] يجعلها أشبه بالعقوبة منها بالتعويض المدني الملحوظ فيه القيمة المالية للشيء الذي يجبره[3].

وإذا كان جسم الإنسان في مجموعه لا يمكن أن يكون مالاً، فهل يصدق ذلك على أطرافه المنفصلة عنه أم لا ؟

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن أطراف الإنسان بعد انفصالها لا تعتبر من قبيل الأموال[4] وهي مصونة عن الابتذال بالبيع[5]، لأن أعضاء جسم الإنسان دماء والدماء لا تستباح بالعوض.[6]

وذهب الحنفية إلى أنها تعتبر من قبيل الأموال بالنسبة إلى صاحبها[7] حيث أجازوا إن يتصرف الإنسان في جزء من جسمه لغاية مشروعة، كأن يُضحى بجزء من أجزاء جسمه لإنقاذ حياته[8]، فهي كالمال خلقت وقاية للنفس[9] كما يستطيع الإنسان أن يقطع أطرافه في حالة الإكراه، في حين أنه لا يجوز له أن يقتل نفسه، ولو تحت الإكراه[10]، ويستطيع الإنسان أن يأذن لغيره في جرحه، في حين أنه ليس له أن يأذن بقتله.[11]

---

(١) حاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٢٥٥، ط الثانية ١٣٠٩هـ

(٢) نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي،ط دمشق ١٩٧٠م، صـ١١١.

(٣) الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ/ علي الخفيف، جـ١، صـ١٣.

(٤) مواهب الجليل، للحطاب جـ٤ صـ٢٦٣، الأشباه والنظائر، للسيوطي صـ ٣٨٢، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي جـ٩ صـ ١٥٤.

(٥) فتح القدير، لابن الهمام، جـ ٦ صـ٤٢٣، وجاء فيه: " وهو بجميع أجزائه — أي الآدمي— مكرم مصون عن الابتذال بالبيع".

(٦) المهذب، للإمام أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦هـ طبعة دار الفكر، جـ٢، صـ١٨٨، والمجموع شرح المهذب، للنووي، جـ١٨، صـ٤٧٠.

(٧) بدائع الصنائع، للكاسانى جـ٢صـ٢٠٢، ٢٢١، ٢٤٣، ٢٣٦، وحاشية ابن عابدين صـ٥صـ٣٧٧٢، وفتح القدير، لابن الهمام جـ٥صـ٢٦٣، والفتاوى الهندية، جـ٢٦٣٢صـ٣٢.

(٨) تكملة البحر الرائق، للطوري، جـ ٨ صـ٧١ .

(٩) بدائع الصنائع، للكاسانى، جـ٧صـ٢٥٧، ٢٩٧، والفتاوى الهندية جـ٦ صـ٣٢.

(١٠) تبيين الحقائق، للزيلعى، جـ٥، صـ١٩٠.

(١١) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ٦٣٦.

وقد استند البعض[1] إلى أقوال الحنفية السابقة للقول بأن ما ينفصل عن الجسم أو الجثة يعد من قبيل الأموال، وبناءً على ذلك يجوز للإنسان أن يتصرف في أجزاء جسمه، إذا كان في ذلك رعاية لضرورة أو حاجة مفيدة شرعاً كحاجة العلاج.[2]

وقد أنتقد البعض[3] هذا الفهم لأقوال الحنفية حيث قرر أن أجسام الآدميين ليست مالاً عند الحنفية، كما أنها ليست مالا عند غيرهم[4]، وساق عدة أدلة على ذلك، كما ناقش الاستدلال بأقوال الحنفية على الوجه التالي:

قول الإمام الكاساني[5]– رحمه الله –" ولو قال اقطع يدي فقطع لا شيء عليه بالإجماع؛ لأن الأطراف يُسْلَكُ بها مسلك الأموال، وعصمة الأموال تَثْبُتُ حَقا له، فكانت محتملة للسقوط بالإباحة والإذن، كما لو قال له: أتلف مالي فأتلفه، ولو قال: اقتل عبدي أو اقطع يده فقتل أو قطع فلا ضمان عليه ؛ لأن عبده ماله، وعصمة ماله ثبتت حقا له فجاز أن يَسْقُطَ بإذنه كما في سائر أمواله".[6]

ويرد على هذا الاستدلال: بأن هذا القول للإمام الكاساني –رحمه الله– سيق لبيان الفرق بين النفس والأطراف، وأثر الإذن بالقتل في النفس وبالقطع في الأطراف، فالإذن بالقتل في النفس يورث شبهة سقوط القصاص، أما الإذن بقطع الطرف فيسقط القصاص ويسقط الدية، ولكنه لا يسقط الإثم، لأن الحرمة قائمة بخلاف المال فلو أذن له في المال، ولم يكن لغرض سيء فإن الآذن والمأذون له لا أثم عليهما.[7]

---

(١) د/ احمد شرف الدين في بحثه الأحكام الشرعية للأعمال الطبية صـ٩٧ وما بعدها، ود/محمد أبو زيد الأمير في بحثه التصرف في مكونات البدن، صـ٧٢، ٧٣ .

(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د/ احمد شرف الدين، صـ٩٨.

(٣) د/ عبد الحسيب رضوان، في بحثه: القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور العدد ١٢ عام، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، صـ ٤٣٥ وما بعدها.

(٤) القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء د/ عبد الحسيب رضوان، صـ ٤٣٧.

(٥) هو: الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، أو الكاشاني، الحنفي الملقب بملك العلماء، تفقه على علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، وتزوج ابنته فاطمة الفقيهة من أجل أنه شرح كتاب (التحفة) له، وسماه (البدائع)، فجعله مهر ابنته، توفي سنة (٥٨٧هـ)، وله مع البدائع: السلطان المبين في أصول الدين، راجع: معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٣، صـ٧٥، وتاج التراجم في طبقات الحنفية، لقاسم بن قطلوبغا الحنفي، طبعة بغداد ١٩٦٢م، صـ٨٤، ٨٥، والأعلام للزركلي، جـ٢، صـ ٧٠.

(٦) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧ صـ٢٣٦.

(٧) القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبدالحسيب رضوان، صـ٤٣٨.

ويدل على ذلك ما ذكره الإمام الكاساني نفسه في موضع أخر في الإكراه بقوله " وأما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلا فهو قتل المسلم بغير حق سواء كان الإكراه ناقصا أو تاما؛ لأن قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الإباحة بحال قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ﴾ (الإسراء من آية ٣٣)، وكذا قطع عضو من أعضائه، والضرب المهلك"[١].

فبمقتضى هذه العبارة فإن قتل النفس وقطع عضو الغير لا يباح لأحد، ولا يرخص فيه بالإكراه تاماً كان الإكراه أو ناقصاً، وبذلك يكون المقصود بعبارة الإمام الكاساني الأولى أن الإذن بقطع العضو يُسقط الضمان في الدنيا، أما إسقاط العدوان في الأخرة فلم تأذن به العبارة، لأن القطع لغير أمر شرعي غير جائز فلا ينبغي تحميل المذهب أكثر من قوله.[٢]

٢- قول الإمام الكاساني: "وأما المعقول فهو: أن ما دون النفس له حكم الأموال ؛ لأنه خلق وقاية للنفس كالأموال .ألا ترى أنه يستوفى في الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصي يلي استيفاء ما دون النفس للصغير، كما يلي استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر في إتلاف الأموال"[٣].

ويرد على هذا الاستدلال: إن هذه العبارة سيقت في معرض الاستدلال على وجوب التماثل في القصاص بين الأطراف، وليس لبيان أنها من قبيل المال، بل ذكرت العبارة بعض الأدلة على أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ولم تذكر ماليتها فذكرت أنها: يستوفى فيها القصاص في الحل والحرم كما يستوفى المال في الحل والحرم[٤] ويستوفى فيها الوصي على الصغير كما يستوفى أمواله في حين أنه لا يستوفي القصاص في النفس بسبب الجناية على النفس وإنما يكون ذلك للولي[٥].

ولذلك قال باعتبار المماثلة بين الأطراف في القصاص كما اعتبرت المماثلة بين الأموال، يؤكد ذلك ما قاله ابن نجيم[٦] في أن مذهب الحنفية أنه لا يقتص من القاتل في

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ ١٧٧.
(٢) القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبدالحسيب رضوان، صـ٤٣٩.
(٣) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧ صـ٢٩٧.
(٤) سواء كان العدوان على الأطراف في الحل والحرم.
(٥) القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء د/ عبدالحسيب رضوان، صـ ٤٤٠.
(٦) هو: العلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم الحنفى، المصرى، أحد الأعلام الثقات في العلم والتقوى فى القرن العاشر الهجرى، وكان من مفاخر الديار المصرية، من مؤلفاته: فتح الغفار في شرح المنار، ولـه

#

الحرم إذا التجأ إليه خلافاً للشافعي-[1] بخلاف قاطع الطرف فإنه يقتص منه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فتقطع يد السارق إذا التجأ إلى الحرم.[2]

قول الطورى[3] -رحمه الله-: " وَلَوْ أُكْرِهَ على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما إذا أُكْرِهَ على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها إذا أصابتها أكلةُ".[4]

ويجاب عن هذا الاستدلال: بأن هذا القول لا يعنى أكثر من أن الإنسان إذا أُكره على فعل ما بعقوبة هي أكبر من هذا الفعل، فإنه يرخص له في هذه الحالة بفعل ما أكره عليه، و لا تسقط بذلك الحرمة[5] يدل على ذلك السياق حيث إن الطورى -رحمه الله- يشرح قول صاحب الكنز: "(وَحُرْمَةُ طَرْفِ الْإِنْسَانِ كَحُرْمَةِ نَفْسِهِ) حتى لو أكره على قطع يد إنسان يقطع يده لا يرخص له ذلك فإن فعل ذلك يأثم ويجب القصاص على المكره لو كان حرا ويضمن نصف القيمة لو كان رقيقاً"[6]

وبذلك يكون من الواضح أن الحنفية لم يقصدوا أبدا أن تكون أطراف الآدمي من الأموال، كل ما قالوا به أنها يُسلك بها مسلك الأموال، والسلوك بها مسلك الأموال لا يعنى أنها من قبيل المال.[7]

تعليق على الهداية، والأشباه والنظائر، توفى ٩٦٩هـ-راجع ترجمته في: الطبقات السنية في تراجم الحنفية. تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو، جـ٣، صـ٢٧٥، ٢٧٦، ط١، دار الرفاعى للنشر، الرياض، سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.

(١) حيث إن الشافعية يرون أنه يقتص من القاتل في الحرم في الأنفس والأطراف معاً فالخلاف بين الحنفية والشافعية في الأنفس فقط.

(٢) فتح الغفار لشرح المنار، لابن نجيم، جـ١ صـ ٨٩ مكتبة مصطفى الحلبي.

(٣) هو الشيخ محمد بن الحسين بن علي الطوري الحنفي مؤرخ فقيه من آثاره: الفواكه الطورية في الحوادث المصرية، وتكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ينظر: معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٩، صـ٢٤٧، ٢٤٨.

(٤) تكملة البحر الرائق، للطوري، جـ٨، صـ٧٧.

(٥) القول الوضاء في حكم نقل الدم و الأعضاء د/عبد الحسيب رضوان صـ١٤٤.

(٦) تكملة البحر الرائق، للطوري، جـ٨، صـ٧٧.

(٧) القول الوضاء في حكم نقل الدم و الأعضاء د/عبد الحسيب رضوان صـ٤٣٧.

حكم طهارة أعضاء الآدمي المنفصلة[1]

الأصل أنه لا يجوز أن يرد العقد إلا على الأشياء الطاهرة، فلا يجوز أن تكون النجاسات، وبصفة عامة المحرمات، محلاً للعقود[2] كما أنه لا يجوز بيع الشئ الطاهر الذي لا منفعة فيه[3] وهنا يُثار السؤال عما إذا كانت أعضاء الآدمي طاهرة أم أنها من المحرمات التي لا يحل الانتفاع بها؟ وقد جاء الخلاف على رأيين:

الرأي الأول: أن أعضاء جسد الآدمي طاهرة حياً و ميتاً، وإليه ذهب المالكية، والشافعية في الصحيح من مذهبهم، والإمام احمد في ظاهر مذهبه، والظاهرية.[4]

الرأي الثاني: أن أعضاء جسد الآدمي طاهرة حال الحياة تنجس بالموت، واليه ذهب الحنفية، والشافعية في مقابل الصحيح، والإمام احمد في رواية مرجوحة[5].

الأدلـــــة:

أدلة الرأي الأول: استدل القائلون بطهارة أعضاء جسم الآدمي حيًا وميتاً بعدة أدلة منها:

---

(١) راجع في ذلك: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د/احمد شرف الدين صـ٩٩ وما بعدها، والقول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء د/ عبد الحسيب عبد السلام رضوان، صـ٣٧١وما بعدها، والتصرف في مكونات االبدن ومنافعه في الفقه الإسلامي، د/ محمد أبو زيد الأمير، صـ٧٣ وما بعدها.

(٢) الفتاوى الهندية، جـ٣صـ٨٨، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي جـ٦صـ٢٨٩، والمغنى لابن قدام جـ٤صـ٢٨٥،٢٤٨، وبدائع الصنائع، للكاساني جـ٤صـ١٩٠، ونيل الأوطار، للشوكاني، جـ٢صـ٢٤٥، والفقه على المذاهب الأربعة، د/ عبد الرحمن الحريري، جـ٢صـ٣٠٢.

(٣) المجموع، للنووي، جـ٩، صـ ٢٣٩.

(٤) الشرح الصغير، للدردير، جـ١صـ٤٤، وجاء فيه: " الطَّاهِرُ: الْحَيُّ، .... وَمَيْتُ الْآدَمِيِّ،...... وكذا ما يسقط من الدماغ من آدمي أو غيره، طاهر، وكذا الصفراء: وهي ماء أصفر ملتحم يخرج من المعدة يشبه الصبغ الزَّعْفَرَانِيِّ ؛ لأن المعدة عندنا طاهرة فما خرج منها طاهر، ما لم يستحل إلى فساد كالقيء المتغير، ومن الطاهر: مَيْتَةَ الآدمي ولو كافرا على الصحيح ".
- المجموع للنووى جـ١ صـ٢١٦،وجاء فيه "" أما الْآدَمِيُّ فإذا قلنا بالصحيح أنَّهُ لا ينجس بالموتِ فجلده طاهر لكن لا يجوز استعمال جلده ولا شئ من أجزائه بعد الموت لحرمته وكرامته ".
- المغنى لابن قدامه جـ١صـ٤٠ وجاء فيه: "الْآدَمِيُّ الصحيح في المذهب أنه طاهر حيا وميتا".
- المحلى لابن حزم جـ١صـ١٢٤، وجاء فيه: " وكل ما قطع منه – أي المؤمن– حيا أو ميتا ولبن المؤمنة، كل ذلك طاهر".

(٥) فتح القدير، جـ٧صـ٢٩٨، وجاء فيه: " أنَّ الْآدَمِيَّ حيوان دموي فَيَتَنَجَّسُ بالموت كسائر الحيوانات "، ونفس المعنى: المجموع للنووي جـ٢ صـ٥٦٠–٥٧٩، والإنصاف، للمر داوى، جـ١صـ٣٣٧، والمغنى والشرح الكبير، جـ١صـ٤٠، ٤١.

١- حديث أَبِي هُرَيْرَةَ -ﷺ- أَنَّهُ لَقِيَهُ النَّبِيُّ -ﷺ- فِي طَرِيقٍ مِنْ طُرُقِ الْمَدِينَةِ وَهُوَ جُنُبٌ فَانْسَلَّ فَذَهَبَ فَاغْتَسَلَ فَتَفَقَّدَهُ النَّبِيُّ -ﷺ- فَلَمَّا جَاءَهُ قَالَ: أَيْنَ كُنْتَ يَا أَبَا هُرَيْرَةَ؟ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَقِيتَنِي وَأَنَا جُنُبٌ فَكَرِهْتُ أَنْ أُجَالِسَكَ حَتَّى أَغْتَسِلَ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- سُبْحَانَ اللَّهِ إِنَّ الْمُؤْمِنَ لَا يَنْجُسُ"[1].

٢- حديث عبدا لله ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: " لاَ تُنَجِّسُوا مَوْتَاكُمْ فَإِنَّ الْمُسْلِمَ لَيْسَ بِنَجَسٍ حَيًّا وَلاَ مَيِّتًا "[2].

وجه الدلالة:

هذان الحديثان يدلان على طهارة الآدمي، وهذا عام يتناول الحياة والموت[3] لأن الحديث دل على نفي النجاسة عن المسلم والمقصود بالنجاسة هنا النجاسة العينية، والذي يؤكد ذلك سياق الكلام لأن الحديث الأول ورد فيه قول الرسول ﷺ " إِنَّ الْمُؤْمِنَ لا يَنْجُسُ " جواباً لقول الصحابي الجليل الذي فهم أن الجنابة تُحدثُ نجاسة بالبدن فنفى الرسول ﷺ ذلك وإطلاق النفي مسبوقاً بصيغة تعجب تقتضي نفي النجاسة عن المسلم حياً وميتاً[4].

٣- حديث عبد الله بن زيد ﷺ عن أبيه: أَنَّهُ شَهِدَ النَّبِيَّ ﷺ عَلَى الْمَنْحَرِ وَرَجُلاً مِنْ قُرَيْشٍ وَهُوَ يَقْسِمُ أَضَاحِيَّ فَلَمْ يُصِبْهُ مِنْهَا شَيْءٌ وَلَا صَاحِبَهُ فَحَلَقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَأْسَهُ فِي ثَوْبِهِ فَأَعْطَاهُ فَقَسَمَ مِنْهُ عَلَى رِجَالٍ وَقَلَّمَ أَظْفَارَهُ فَأَعْطَاهُ صَاحِبَهُ قَالَ فَإِنَّهُ لَعِنْدَنَا مَخْضُوبٌ بِالْحِنَّاءِ وَالْكَتَمِ يَعْنِي شَعْرَهُ[5].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى، كتاب: الحيض، باب: الدليل على أن المؤمن لا ينجس، جـ١صـ٢٨٢، رقم (٥٥٦)، وصحيح البخاري بحاشية السندى، كتاب: الغسل، باب: الجنب يخرج و يمشى في السوق وغيره، جـ١صـ٥٧.

(٢) سنن الدار قطني، كتاب: الجنائز، باب: المسلم ليس بنجس، جـ٢صـ٧٠، رقم (١٨٣٣)، والسنن الكبرى، للبيهقي، جـ٣صـ٣٢٨، وصححه الحاكم في المستدرك، كتاب: الجنائز، باب: لا تنجسوا موتاكم فإن المسلم لا ينجس حيا أو ميتا، جـ١صـ٣٨.

(٣) التصرف في مكونات البدن د/محمد أبوزيد الأمير، صـ٧٥، ٧٦.

(٤) القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/عبد الحسيب رضوان، صـ٣٧١.

(٥) مسند الإمام احمد، كتاب: مسند المدنيين، باب: حديث عبدالله بن زيد بن عبدربه صاحب الآذان عن النبي، جـ٤، صـ ٤٢، رقم (١٥٨٧٨) ورقم (١٥٨٧٩) ولفظه " عن عبد الله بن زيد ﷺ عن أبيه: أَنَّهُ شَهِدَ النَّبِيَّ ﷺ عِنْدَ الْمَنْحَرِ هُوَ وَرَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ فَقَسَمَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضَحَايَا فَلَمْ يُصِبْهُ وَلَا صَاحِبَهُ شَيْءٌ فَحَلَقَ رَأْسَهُ فِي ثَوْبِهِ فَأَعْطَاهُ وَقَسَمَ مِنْهُ عَلَى رِجَالٍ وَقَلَّمَ أَظْفَارَهُ فَأَعْطَاهُ صَاحِبَهُ فَإِنَّ شَعْرَهُ

#

وجه الدلالة:

أن ما فضل من الحي فهو ميت، وإعطائهم الشعر والأظافر تدل على طهارة الآدمي الميت، والمسلم والكافر في ذلك سواء، لاستوائهما في الآدمية[1].

٤- جاء في المجموع أن الآية "إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ" (سورة التوبة من آية ٢٨) فليس المراد نجاسة الأعيان والأبدان بل نجاسة المعني والاعتقاد، ولهذا ربط النبي ﷺ الأسير الكافر في المسجد وقد أباح الله تعالي طعام أهل الكتاب[2].

٥- أن الميت لو كان نجسًا لم غُسل كسائر الميتات[3].

عِنْدَنَا مَخْضُوبٌ بِالْحِنَّاءِ وَالْكَتَمِ"، وأخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب: المناسك، باب: فحلق رسول الله ﷺ رأسه في ثوبه، جـ٤، صـ٢٩٣، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(١) التصرف في مكونات البدن ومنافعه، د/ محمد أبوزيد الأمير صـ ٧٦، ولكن بعض فقهاء المذهب الحنفي يرون أن ما أنفصل من جسم الحي، وكان فيه دم فهو نجس لا يجوز الانتفاع به، انظر: حاشية ابن عابدين جـ١صـ١٤٢، وفي الفتاوى الهندية، لا يجوز الانتفاع بشعر الإنسان، جـ٣صـ٨٨، ولكن باقي المذاهب ترى أن أجزاء الآدمي المنفصلة من الجسم طاهرة كجملته، لأن أصل الجزء المنفصل هو الجسم الطاهر، راجع في ذلك: القواعد لابن رجب جـ٤ قاعدة رقم ٢/٥، مواهب الجليل للحطاب جـ١صـ٨٠، والمحلى لابن حزم جـ١صـ١٣٣، والفقه على المذاهب الأربعة، للحريرى جـ١صـ٢٩٨، ومغنى المحتاج للخطيب الشربيني جـ١صـ٨٠، والمجموع للنووى جـ٢صـ١٣١، وقارن فتح العزيز شرح الوجيز على هامش المجموع للنووي جـ١ صـ ٢٩٩، حيث ورد أنه لا تنجس بالإبانة "الانفصال" الأجزاء التي لا تحلها الحياة كالشعر.

(٢) المجموع للنووى جـ٢صـ٥٦٢، ولكن البعض يرى أن قوله تعالى: "إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ" سورة التوبة من آية(٢٨) يدل على طهارة المسلم الحي دون الكافر، لان الله حصر النجاسة في صفة تميز المشركين، وبمفهوم المخالفة يكون المسلم طاهرا، راجع في ذلك: القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبدالحسيب رضوان، صـ٣٧١، و لكن الصواب طهارة الكافر بدليل أن الله سبحانه و تعالى أباح نكاح أهل الكتاب، ومعلوم أن عرقهن لا يسلم منه من يضاجعهن، ومع ذلك فلا يجب من غسل الكتابية إلا ما يجب من غسل المسلمة، فالنجاسة هنا معنوية وليست حسية، كما أن هذه التفرقة لم يقل بها أحد من المتقدمين أو المتأخرين كما قال بعض الفقهاء، ولان النبى ﷺ ربط الأسير المشرك بالمسجد، راجع: نيل الأوطار للشوكانى جـ١صـ٢٠، مواهب الجليل للحطاب جـ١صـ٩٩، المجموع للنووي جـ١صـ٢٦٤، وما بعدها .

(٣) المجموع للإمام النووي جـ٢صـ٥٦ ولقد قبل الرسول ﷺ عثمان ابن مظعون رضي الله عنه فلو كان نجسا ما قبله الرسول ﷺ ولما صلى علي ابني بيضاء في المسجد (وهما سهل وسهيل، فقد أخرج الإمام مسلم في صحيحه أَنَّ عَائِشَةَ –رضي الله عنها– لَمَّا تُوُفِّيَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاص قَالَتْ ادْخُلُوا بِهِ الْمَسْجِدَ حَتَّى أُصَلِّيَ عَلَيْهِ فَأُنْكِرَ ذَلِكَ عَلَيْهَا فَقَالَتْ وَاللَّهِ لَقَدْ صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى ابْنَيْ بَيْضَاءَ فِي الْمَسْجِدِ سُهَيْلٍ وَأَخِيهِ "قَالَ مُسْلِم سُهَيْلُ بْنُ دَعْدٍ وَهُوَ ابْنُ الْبَيْضَاءِ أُمُّهُ بَيْضَاءُ") صحيح مسلم، كتاب: الجنائز، باب: الصلاة على الجنائز في المسجد، رقم

#

أدلة الرأي الثاني: أستدل القائلون بطهارة أعضاء الآدمي حال الحياة و نجاستها حال الموت بالآتي:

١- أَثَر مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ أَنَّ زِنْجِيًّا وَقَعَ فِي زَمْزَمَ يَعْنِي فَمَاتَ فَأَمَرَ بِهِ ابْنُ عَبَّاسٍ – رضى الله عنهما– فَأُخْرِجَ وَأَمَرَ بِهَا أَنْ تُنْزَحَ[١].

٢- أنه حيوان له نفس سائلة فينجس بالموت كسائر الحيوانات[٢].

الرأي الراجح: والذي أميل إلى ترجيحه هو: الرأي الأول القائل بطهارة الآدمي حيًا وميتاً مسلمًا وكافرًا، لقوة أدلتهم، ولأن الله – سبحانه وتعالى– كرم بنى آدم و هذا يتناسب مع مستوى التكريم الإلهي كما أن أدلة الرأي الثاني لم تسلم من المناقشة حيث ورد عليها:

يجاب عن الدليل الأول وهو فعل سيدنا ابن عباس وأمره بنزح زمزم من عدة وجوه[٣]:

أ- أن سيدنا ابن عباس فعل ذلك للاستقذار لا للنجاسة[٤].

ب- أن أثر ابن سيرين الذي استدل به القائلون بنجاسة ميتة الآدمي أجاب عنه الإمام النووي –رحمه الله– بقوله: "وأما قولهم إن زنجيا مات في زمزم فنزحها ابن عباس فجوابه من ثلاثة أوجه أجاب بها الشافعي ثم الأصحاب أحسنها أن هذا الذي زعموه باطل لا أصل له: قال الشافعي لقيت جماعة من شيوخ مكة فسألتهم عن هذا فقالوا ما سمعنا هذا: وروى البيهقي وغيره عن سفيان بن عيينة إمام أهل مكة قال أنا بمكة منذ سبعين سنة لم أر أحدا لا

١٦١٧، جـ٥، صـ٢٩.وصلاة الصحابة على سيدنا أبي بكر و سيدنا عمر ﷺ أجمعين في المسجد، ينظر: مواهب الجليل للحطاب، جـ١صـ٩٩.

(١) سنن الدار قطني، كتاب: الطهارة، باب: البئر إذا وقع فيها حيوان، جـ١صـ٣٣، رقم (٦٨)، والسنن الكبرى للبيهقي، جـ١صـ٢٦٦، ونيل الأوطار للشوكاني، جـ١صـ٢١.

(٢) المغني لابن قدامه جـ١صـ٤١، والمجموع للنووي جـ٢صـ٥٦.

(٣) راجع هذه الوجوه: نيل الأوطار، للإمام/ الشوكاني، جـ١ صـ٢١

(٤) دراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة د/ بلال حامد إبراهيم، صـ٢١٦.

صغيرا ولا كبيرا يعرف حديث الزنجي الذي يقولونه وما سمعت أحدا يقول نزحت زمزم، ... وقد روى البيهقى هذا عن ابن عباس من أوجه كلها ضعيفة لا يلتفت إليها،... ولو صح لحمل علي أن دمه غلب على الماء فغيره وأنه فعله استحبابا وتنظفا فان النفس تعافه".[1]

ج- أنه معارض لما ورد عن ابن عباس نفسه من أحاديث تفيد طهارة الآدمي حيًا و ميتاً، وترجيح رأي الصحابي على روايته ورواية غيره من الغرائب التي لا يدرى ما الحامل عليها.[2]

ويرد على الدليل الثاني بأنه كسائر الميتات، والحيوانات فهو قياس في مقابلة النصوص، فلا يعمل به[3]، ولأن تكريم الله للإنسان يقتضي ألا تكون ميتته كسائر الميتات، وأن يكون طاهراً حياً وميتا[4].

وبذلك يتضح لنا طهارة الآدمي حياً وميتاً وأن جثته طاهرة خلافاً لسائر الميتات، وبعد أن تعرفنا على أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون من قبيل الأموال كما أنه طاهر نتعرض للتصرفات الواردة عليه.

(١) المجموع للنووي جـ١ صـ١٦٥.
(٢) نيل الأوطار، للشوكاني جـ١ صـ٢٢، دراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة، د/ بلال حامد إبراهيم صـ٢١٦.
(٣) المراجع السابقة.
(٤) التصرف في مكونات البدن د/ محمد أبوزيد الأمير، صـ٧٨، والقول بطهارة الميت يتلائم مع ما أكده الرسول ﷺ من قيامه للجنازة التي مرت عليه و كان صاحبها غير مسلم، فقد أخرج الإمام البخاري في صحيحه عن سهل بن حنيف و قيس بن سعد ﷺ " إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّتْ بِهِ جِنَازَةٌ فَقَامَ فَقِيلَ لَهُ إِنَّهَا جِنَازَةُ يَهُودِيٍ فَقَالَ أَلَيْسَتْ نَفْسًا " فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب: الجنائز، باب: من قام لجنازة يهودي، رقم (١٢٢٩) جـ٣صـ٢١٤.

المطلب الثاني

التصرفات الواردة على جسم الإنسان فى الفقه الإسلامى

مدى مشروعية التصرفات التي ترد على جسم الإنسان؟

إن عملية بيع الأعضاء تتعارض مع الأصول والقواعد المقررة شرعًا، والتي تتفق ومستوى التكريم الذي أضفاه المشرع على الإنسان من ناحية وخروجه عن دائرة الأموال شرعًا[1] فالإنسان الحر لا يجوز التصرف فيه بأي شكل من أشكال التصرفات الشرعية[2]، لأنه لا يصح أن يكون محلاً للتعامل المالي سوى الأشياء المتقومة شرعاً[3]، ولأن الإنسان مكرم شرعاً قال تعالى: (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ) (الإسراء من الآية ٧٠) وقال سبحانه: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِيٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾ (التين آية ٤)، كما تجلت عظمته جل في علاه في خلق الإنسان، فقال: عز وجل في شأن الإنسان ﴿ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ أَحْسَنُ ٱلْخَٰلِقِينَ ﴾(المؤمنون من الآية ١٤).

---

(١) راجع: المبسوط للسرخسي، جـ١٥ صـ١٢٥، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، صـ٢٧٩، ٢٨٠، الفتاوى الهندية، جـ٤ صـ ١٩٥، الفروق للقرافي، جـ١ صـ٢٠٨، ٢٣٩، المجموع للنووي، جـ٩ صـ٢٢٥، المغني لابن قدامة، جـ٦ صـ١٣٤، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. للإمام شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، المتوفى سنة ٩٦٨هـ، المطبعة المصرية بالأزهر سنة ١٣٥١هـ، تعليق وتصحيح/ عبداللطيف موسى السبكي جـ٢ صـ٦٠، الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن الحريري، جـ٣ صـ٣٩٩.

(٢) ويمكن تعريف التصرف الشرعي بأنه: "القول أو الفعل الذي يترتب عليه حكم شرعي" انظر: بدائع الصنائع للكاساني جـ٧ صـ١٧٠، ١٧١، وحاشية ابن عابدين جـ٥ صـ٩٢، وأحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي صـ٣٣٣، هامش٢، ويتلاقى التصرف والعقد ويفترقان، فالعقد كما عرفه صاحب مرشد الحيران في المادة(٢٦٢) هو: "عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه" وبذلك فإن العقد من حيث كونه يقوم على الإرادة يدخل في عموم التصرف ولكنه يتخصص من عموم التصرفات بقيامه على توافق إرادتين لا على إرادة منفردة، راجع في ذلك: مصادر الحق في الفقه الإسلامي د/ عبدالرزاق السنهوري جـ١ صـ٧٣، والعقد أخص من التصرف والتصرف أعم من العقد، انظر: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي د/ حسن على الشاذلي، صـ٤١.

(٣) أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي صـ٢٩١ .

فالإنسان ليس مالاً، لا في الشرع، ولا في الطبع، ولا في العقل[1]، فالفقه الإسلامي يسمو بالجنس البشري، ويرفعه إلى مستوى أعلى من إيراد العقود على جسده، أو جزء من أجزائه، على سبيل التصرف أياً كانت صورة هذا التصرف[2] إلا في حالة الضرورة أو ما في حكمها، ولا تجوز التصرفات في هذه الحالة إلا إذا كانت تبرعية –في الغالب– في نطاق ضوابط موضوعية تستلزم توافرها قبل إجازة إيراد هذا العقد على جزئية الجسم البشري بأجزائه المتجددة أو غير المتجددة[3].

ولبيان أحكام التصرفات التي قد ترد على جسم الإنسان فإن ذلك يستدعي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: التصرف في الأعضاء البشرية بيعاً.

الفرع الثاني: التصرف في الأعضاء البشرية تبرعاً.

---

(١) راجع: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، جـ٩ صـ١٥٤، وبدائع الصنائع للكاساني، جـ٥ صـ١٤٠، والفتاوى الهندية، جـ٤ صـ٢٩٥، ومواهب الجليل للحطاب، جـ٢ صـ٢٦٣، ٢٦٤، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي د/ السنهوري، جـ٣ صـ١٠٨، واستعمال الحق كسبب للإباحة د/ عثمان سعيد عثمان، صـ١٧٢، والمداينات د/ عيسوي أحمد عيسوي، صـ٨ رسالة من شريعة القاهرة ١٩٤٦م، والملكية في الشريعة الإسلامية الشيخ / على الخفيف، ط ١٩٦٩م، جـ١ صـ ١٢، ١٤، ونظرية الحق، د/ أحمد فهمي أبوسنه، بحث منشور في "الفقه الإسلامي أساس التشريع" المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، الكتاب الأول ١٩٧١م، صـ١٨٤، ١٨٥، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية د/ أحمد شرف الدين صـ٩٥، وأحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي صـ٢٩٢.

(٢) انظر: الإقناع، جـ٢ صـ٦١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ٥ صـ٢٧٧.

(٣) أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي صـ٣١٠.

الفرع الأول
التصرف في الأعضاء البشرية بيعاً

موقف الفقه الإسلامي من إيراد عقد البيع على الأعضاء:

إن من أهم مظاهر تكريم الإنسان في الإسلام حرمة بيعه إذا كان حراً، لما في ذلك من الإهانة والابتذال، فكل عقد يكون موضوعه بيع إنسان حر، يكون باطلاً[1] فالآدمي لا يُقوم بمقابل نقدي، ولا يمكن أن يدخل في دائرة المعاملات بأي حال من الأحوال، ولهذا أجمع الفقهاء على حرمة بيع الإنسان الحر[2].

حتى قيل أن: "الْحُرُّ عَبْدُ اللَّهِ، فَمَنْ جَنَى عَلَيْهِ فَخَصْمُهُ سَيِّدُهُ"[3].

ويقول الأمام الشوكاني: "إن تحريم بيع الحر من قطعيات الشريعة، وإجماع أهل الإسلام عليه معلوم، ولا يحتاج إلى الاستدلال على مثله، والتعرض بما يستحقه الفاعل لهذا الحرام غير مناسب للمقام، بل ما يستحقه من العقوبة هو سخط الله عليه، ولم يرد في الشريعة عقوبة معينة في الدنيا، ولا هو من الأمور التي يجب الحد على فاعلها"[4].

---

(١) التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي د/ محمد عبدالرحمن الضويني، طبعة ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م مطبعة الغد صـ١٦ .

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين جـ٥ صـ٥٠ وما بعدها وفيها "الآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً، فإيراد العقد عليه وابتذاله به، وإلحاقه بالجمادات إذلال له، أي وهو غير جائز ..."، وتبيين الحقائق، للزيلعي جـ٤ صـ٤٤، ومواهب الجليل، للحطاب جـ٤ صـ٢٥٣، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد جـ٢ صـ١١١، والمجموع شرح المهذب، للنووي جـ٩ صـ٢٤٢ وورد فيه "بيع الحر باطل بالإجماع". ومغني المحتاج، للشربيني جـ٢ صـ٤٠، وكشاف القناع، للبهوتي، جـ٣ صـ١٥٧. والمغني، لابن قدامه. جـ٤صـ٢٨٨، والمحلى، لابن حزم، جـ٩ صـ٦٣٠، والبحر الزخار، لأحمد بن يحيي المرتضى. جـ٤ صـ٣٠٦، طبعة مؤسسة الرسالة، والمختصر النافع، للحلي، صـ ١٤٣، طبعة وزارة الأوقاف — الطبعة الثانية .

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري جـ٤ صـ٤١٨ ط دار المعرفة بيروت، ونيل الأوطار، للشوكاني، جـ٦ صـ٣٦.

(٤) السيل الجرار، للشوكاني، جـ٣ صـ٣٦ ط: دار الكتب العلمية بيروت.

وفوق ما سبق فإن بيع الحر ضياع لاستخلاف الله للإنسان في الأرض، إذ هو قلب لنظام الله تعالى في الكون، فحقيقة البيع منعدمة فيه، وليس بمال عند أحد ممن له دين سماوي[1].

وما يجري على الشخص في مجموعه يجري على أعضائه، فالأصل في الفقه الإسلامي أن بيع جزء الآدمي لا يجوز شرعاً، لأن كرامة الإنسان تأباه، ولا ينبغي أن ترد عقود المعاوضة أو المبايعات على أي جزء من أجزائه، فهي أشرف من ابتذالها بالتداول، أو إخضاعها للمعاملات المادية أو المالية[2]، فإجازة المتاجرة في الأعضاء البشرية بحجة التداوي بها مخالف لأحكام الشريعة الغراء[3].

ولكن هناك من يرى خلاف ذلك من جواز أخذ المقابل المالي مقابلة للعضو في حالة الضرورة وببعض القيود التي أوردوها ولذا فإنني سوف أتعرض لكلا الاتجاهين وأدلتهم:

الرأي الأول: وهو رأي الجمهور وتكاد تتفق كلمتهم على حرمة بيع أعضاء الإنسان غير المتجددة[4]، فأصحاب هذا الاتجاه يرون أن الآدمي الحر ليس مالاً فلا يصح أن ترد عليه عقود المعاوضات، وأجزائه كذلك ليست مالاً، وكل ما ليس بمال لا يصح

---

(١) المبسوط للسرخسي جـ١٣ صـ٣، وبدائع الصنائع للكاساني جـ٥ صـ١٤٠.
وتجدر الإشارة إلى أن العصمة ثابتة للرقيق، فأهليته موجودة، وعصمة دمه قائمة، وصيانة أعضائه مقررة، وإنما يؤثر الرق على أهليته للتملك، وعلى جعله سلعة تباع وتشترى، كلاً أو جزءاً -قائماً بحاله، لا مقطعاً- فلا سلطان لأحد على جسمه أو أجزائه إلا بحق شرعي، فيقول الرسولﷺ " مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْنَاهُ وَمَنْ جَدَعَ عَبْدَهُ جَدَعْنَاهُ"، سنن أبي داود، كتاب: الديات، باب: من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه، رقم (٣٩١٤)، جـ٤ صـ٤٨٤،(سبق تخريجه، صـ ١١٩، هامش ٣) والحمد له انتهى الرق في هذا العصر بعد أن اتفقت سائر الدول على منع الرق بجميع أنواعه، وهو ما يهدف إليه الشرع الحكيم.
راجع: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، د/ حسن الشاذلي صـ ٨١ طبعة كتاب الجمهورية، والتصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي د/ محمد عبدالرحمن الضويني، صـ١٨ .
(٢) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ٣١٨.
(٣) راجع في هذا المعنى: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، باب أثم من باع حراً جـ٤ صـ٤١٧، ونيل الأوطار، للشوكاني جـ٥ صـ١٤٤، وبدائع الصنائع، للكاساني جـ٥ صـ١٤٥، وحاشية ابن عابدين جـ٤ صـ٥٣٤،٥٣٩، والقوانيين الفقهية، لابن جزي صـ٢٥٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري جـ٣ صـ١٠، وحاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين جـ٢ صـ١٥٧، والمغني على الشرح الكبير، لابن قدامة جـ٤ صـ٣٠٤، وكشاف القناع، للبهوتي جـ٣ صـ١٥٣.
(٤) انظر: بدائع الصنائع، جـ٥، صـ١٤٢، شرح فتح القدير، جـ٦، صـ٤٢٥، والمجموع، للنووي، جـ٩، صـ٢٨٩، وكشاف القناع، جـ٣، صـ١١، والمحلى، لابن حزم، جـ٩، صـ١٧.

بيعه[1]، فلا يجوز للإنسان أن يبيع أي عضو من أعضاء جسده أياً كان هذا العضو، ظاهراً كان أو باطناً، مزدوجاً كالكلى والخصية أو غير مزدوج كالقلب والكبد[2] وهذا ما أقرته الفتاوى الشرعية وقرارات وتوصيات المجامع والمؤتمرات الإسلامية الصادرة في هذا الشأن[3].

الرأي الثاني: وهو اتجاه لبعض الفقهاء المعاصرين.[4] ونسب إلى فضيلة الشيخ السيد سابق — رحمه الله — فيما نقله عنه الدكتور محمد علي البار في كتابه الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء[5] وهو رأي بعض الباحثين إلا أنه ذكر جواز أخذ المقابل المالي على العضو المستقطع شريطة أن يكون ذلك على سبيل الهدية أو

---

(١) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي صـ٣١٨.

(٢) التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي د/ محمد عبدالرحمن الضويني، صـ٤٢.

(٣) انظر: الفتوى الشرعية الصادرة من دار الإفتاء الشرعي بالقاهرة في ١٥ محرم سنة ١٤٠٠هـ رقم (١٣٢٣) والمنشورة بالفتاوى الإسلامية العدد ٣١ صـ٣٧١٤، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٣م، حيث ورد فيها ما نصه (ويحرم اقتضاء مقابل للعضو المنقول أو جزئه كما يحرم اقتضاء مقابل للدم لأن بيع الآدمي الحر باطل شرعًا لكرامته بنص القرآن الكريم وكذلك بيع جزئه)، والفتوى الشرعية التي تتضمنها الدراسات المقدمة لندوة الكلى والكلى الصناعية حول مشروعية نقل الكلى من الدكتور/ عبد الرحمن النجار. المنشورة بالمجلة الجنائية السابق الإشارة إليها صـ١٠٢، وانظر أيضًا بعض الفتاوى الشرعية لبعض العلماء الشرعيين. منشورة في جريدة اللواء الإسلامي السنة الأولى. العدد ١٦، في ١١ رجب ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م، صـ٥. وأيضًا قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بمكة (١٩٨٥م) وأيضًا مؤتمر بيروجيا سنة ١٩٦٩م المشار إليه سابقًا. انظر أيضًا: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ أحمد شرف الدين، البحث المقدم للمؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي عام ١٩٨١م. صـ١٥٠، والمبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج، د/ عبد السلام أبوغده، البحث المقدم للمؤتمر العالمي الثاني للطب الإسلامي عام (١٩٨٢م) صـ١١٤.

(٤) ذهب إليه د/ محمد نعيم ياسين في بحثه "بيع الأعضاء الآدمية" منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة الكويت — السنة الحادية عشر — العدد الأول مارس ١٩٨٧م رجب ١٤٠٧هـ، ومنشور أيضاً ضمن أعمال ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقد في ١٨ أبريل ١٩٨٧م صـ٣٥١ وما بعدها .
وقد ذهب الباحث في هذا البحث إلى أنه لا مانع من أن يبيع الآدمي أعضائه وذلك لضرورة إنقاذ آدمي يحتاج إليه، وذلك مع مراعاة الشروط الآتية:
- ألا يكون في بيع الأعضاء تعارض مع الكرامة الآدمية، بحيث لا تكون الغاية من ذلك الربح والتجارة والتداول.
- أن يكون بيعها من أجل الانتفاع بها في مثل ما خلقت له، وأن لا تباع إلا لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك.
- أن يدفع البائع ببيع عضوه مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو نفسه.
- ألا يكون بيع العضو متعارضاً مع نص شرعي خاص — كالشعر— أو مبدأ شرعي آخر كمني الرجل.
- ألا يكون هناك أية بدائل صناعية للأعضاء الآدمية تقوم مقامها، و تغني عنها.
- أن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية موثوقة للتحقق من توافر الشروط المتقدمة.
راجع هذه الشروط: بيع الأعضاء الآدمية د/ محمد نعيم ياسين المرجع السابق صـ٣٥١، و أشار إليها د/ محمد عبدالرحمن الضويني، في بحثه التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي، صـ٤٣.

(٥) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٨٥.

الهبة، وأن يكون بعد استقطاع العضو لا قبله، وأن لا يشترط المعطي قدرًا معينًا من المال مقابل عضوه.[1]

الأدلـــــة:

أدلة الرأي الأول: استدل الجمهور على عدم جواز بيع الأعضاء غير المتجددة بالأدلة الآتية:

- ما أخرجه البخاري عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: "ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ"[2].

وجه الدلالة:

هذا الحديث يعتبر أصلاً في تحريم بيع جزء من الكبد أو أحد الأعضاء الأخرى، لأنه يدل على تحريم بيع الآدمي الحر، لأن من باع حرا فقد منعه التصرف فيما أباح الله له وألزمه الذل الذي أنقذه الله منه[3] وما يجري على الآدمي يجري على جزئه، فالجزء له حكم الكل[4].

ويؤيد ذلك أقوال الفقهاء التي وردت في النهي عن بيع الحر ومنها:

يقول ابن قدامه: ".. فإنه يجوز بيع العبد، والأمة، وإنما حرم بيع الْحُرّ؛ لأنه ليس بِمَمْلُوكٍ، وحرم بيع العضو المقطوع؛ لأنه لا نفع فيه..."[5]

---

(١) مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/ أسامة السيد عبدالسميع صـ١٩٢، صـ ٢٢٤، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، حيث رأى جواز ذلك وإن كان الأفضل تركه، وفتوى الشيخ عبد الله المشد رئيس لجنة الفتوى بالأزهر، وأشار إليه: د/ بلال حامد إبراهيم بلال، في دراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة مجموعة محاضرات ألقيت على طلاب الفرقة الأولى قسم الشريعة والقانون للعام الجامعي ٢٠٠٦م صـ٢٠٦.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: أثم من باع حرا، رقم (٢٠٧٥) جـ٢ صـ١٢٠، ١٢١.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: أثم من باع حرا، رقم (٢٠٧٥) جـ٤ صـ٤١٧.

(٤) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي صـ٣١٨، ونفس المعنى التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي د/ محمد الضويني صـ١٧.

(٥) المغني، لابن قدامه جـ٤صـ٣٠٤.

قول الكاساني في معرض الحديث عن بيع لبن المرأة: " أنه ليس بمال فلا يجوز بيعه، ولأنه جزء من الآدمي، والآدمي بجميع أجزائه مُحْتَرَمٌ مُكَرَّمٌ، وليس من الكرامة، والاحترام ابْتِذَالُهُ بالبيع، والشراء"[1].

وجاء في مواهب الجليل للحطاب: " ما لا يصح ملكه لا يصح بيعه إجْمَاعًا كَالْحُرِّ"[2].

كما أستدل أصحاب هذا الاتجاه بمجموعة من الأدلة العقلية وهي:

أولاً: أن جسد الإنسان وما يتكون منه من أعضاء ليس محلاً للبيع والشراء، وليس سلعة من السلع التي يصح فيها التبادل التجاري، وإنما جسد الإنسان بناء بناه الله تعالى وكرمه سبحانه عن البيع والشراء، وحرم المتاجرة فيه تحريماً قطعياً[3]، لأن البيع فيه إذلال للآدمي، وهو مكرم شرعًا[4]، ولا يتفق مع التكريم أن يكون الآدمي محلاً للتعاقد عليه كلاً أو بعضاً[5] ولذلك فقد اتفق فقهاء الأمة الإسلامية على بطلان البيع أو الشراء بالنسبة لبدن الإنسان، أو أي عضو من أعضائه، فيقول الأمام النووي — رحمه الله—: "بيع الحر باطل بالإجماع"[6].

ثانيًا: أن الحي لا يُملك وليس بمال[7] ولا يدخل تحت يد، وعليه فإنه لا يجري عليه بيع، ولا هبة، ولا أي تصرف من التصرفات التي تجري على الشيء المملوك[8].

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني جـ ه صـ٤٥.

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، للحطاب، جـ١٢، صـ٢٦٧.

(٣) فتوى فضيلة الأمام الأكبر / محمد سيد طنطاوي، شيخ الأزهر، ومفتي الجمهورية في ذلك الوقت، في كتابه، فتاوى شرعية بتاريخ ١٩٨٩/٢/٥م، في العدد ٣٠١ نوفمبر سنة ١٩٨٩م، صـ٤٦، كتاب اليوم. والذي يصدر عن مؤسسة أخبار اليوم، كما نُشرت هذه الفتوى أيضاً بجريدة الأخبار والأهرام، بتاريخ ١٩٨٩/٢/٩م، وفتوى فضيلة أ.د/ جاد الحق على جاد الحق —رحمه الله— بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٥م. في كتابه أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية، صـ١٥٨، ومقالة فضيلته، في جريدة اللواء الإسلامي. العدد ٢١٧، بتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٠م.

(٤) دراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة د/ بلال حامد إبراهيم بلال، صـ٢٠٦.

(٥) التصرف في أعضاء الإنسان د/ محمد الضويني، صـ٤٤.

(٦) المجموع، للنووي جـ٩ صـ٢٤٢، ويراجع: المبسوط، للسرخسي جـ١٣ صـ٣، وجـ٥ صـ١٢٥، والفتاوى الهندية، جـ٥ صـ٣٥٤، ومواهب الجليل، للحطاب جـ٤ صـ٢٥٣، ومغني المحتاج، للشربيني جـ٢ صـ٤٠، والمغني، لابن قدامه جـ٦ صـ٣٥٩، والمحلى، لابن حزم الظاهري جـ٩ صـ١٧، والتاج المذهب لأحكام المذهب للقاضي اليماني الصنعاني، جـ٢ صـ٣٤٠، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

(٧) وبالنسبة الرقيق فإنما يقع التصرف عليه كلا لا جزءًا قائمًا لا مقطعًا.

(٨) حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي د/ حسن علي الشاذلي ص١٠٢، ودراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة د/ بلال حامد إبراهيم بلال مرجع سابق صـ٢٠٦.

ثالثًا: أن الإنسان ما هو إلا أمين على جسده، ومأمور أن يتصرف في هذه الأمانة بما يصلحها لا بما يفسدها، فإذا تجاوز الإنسان هذه الحدود وتصرف في جسده بما يتعارض مع إصلاحه، كان خائنًا للأمانة التي ائتمنه الله عليها[1] وكان تصرفه محرمًا وباطلاً[2].

رابعًا: لأن بيع أعضاء الإنسان يستلزم التصرف في ملك هو ملك لله سبحانه وتعالى، لأن جسد الإنسان ليس ملكاً له على الحقيقة، وإنما المالك الحقيقي هو الله[3]، فهو بيع ما لا يملكه الإنسان.[4]

خامسًا: لأن بيع الأعضاء فيه فتح وسيلة إلى مفاسد عظيمة، ومخاطر جسيمة من قيام الفقراء ببيع أعضائهم، وقد يتعدى الأمر من البيع إلى اختطاف الأبرياء وخاصة الأطفال[5] وقيام تجارة رهيبة فظيعة أفظع بكثير من تجارة المخدرات لأنها تتاجر في البشر، وتؤدي إلى بتر أعضائهم وقتلهم ليستفاد من أعضائهم.[6]

---

(١) حكم بيع الإنسان لعضو من أعضائه أو التبرع به، لفضيلة أ.د/ محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر – ومفتي الجمهورية وقتئذ– وهو بحث منشور بندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية صـ٣٠٩ والمنعقدة بدولة الكويت عام ١٩٨٧م، ونقله عن فضيلته د/ محمد الضويني في بحثه التصرف في أعضاء الإنسان، صـ٤٤ .

(٢) مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي، د/ أسامة عبد السميع صـ١٨٥، ودراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة د/ بلال حامد إبراهيم بلال، صـ٢٠٧.

(٣) التصرف في أعضاء الإنسان د/ محمد الضويني صـ٤٤.

(٤) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء د/ محمد علي البار صـ١٨٤، ودراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة، د/ بلال حامد إبراهيم بلال صـ٢٠٧، وبيع غير المملوك منهي عنه شرعًا لقوله ﷺ: " لَا طَلَاقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا عِتْقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ زَادَ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَلَا وَفَاءَ نَذْرٍ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ " رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: في الطلاق قبل النكاح، رقم (١٨٧٣) ينظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود، جـ٦، صـ٢٥٩، والإمام أحمد في مسنده، كتاب: مسند المكثرين من الصحابة، باب: مسند عبدالله بن عمرو بن العاص، رضي الله تعالى عنهما، جـ٢، صـ١٨٩، وقال الإمام النووي: إنه روى بطرق كثيرة بأسانيد حسنة ومجموعها يرتفع عن كونه حسنًا، فتح العزيز بهامش المجموع، جـ٩، صـ٢٨٦، وبيع ملك الغير عُرف بأنه: أن يبيع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، وقيل هو: البيع الذي يرد على شئ معين بالذات غير مملوك لبائعه، انظر: بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، أ. د/ لاشين محمد الغاياتي، صـ ٢٢

(٥) سجلت أقسام الشرطة بعدة دول ارتكاب جرائم خطف الأطفال واعتداء الأطباء على أعضاء المخطوفين باقتلاع بعض أعضائهم التي أدت إلى وفاتهم حتمًا، انظر: الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد على البار، صـ١٩٠.

(٦) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد على البار صـ١٨٤، وانظر في نفس المعنى: ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، د/ عبدالحميد إسماعيل الأنصاري، صـ٣٢، الطبعة الأولى ٢٠٠٠ دار الفكر العربي، والتصرف في أعضاء الإنسان د/ محمد الضويني صـ٤٥،

#

أدلة الرأي الثاني: استدل بعض المعاصرين على جواز أخذ المقابل المالي للعضو بالأدلة الآتية:

أولاً: إذا كان المريض يدفع مالاً مقابل الدواء وأتعابًا للطبيب مقابل المداواة، فلماذا لا يدفع للمتنازل عن عضوه لمصلحة المريض ؟ ألا يعتبر جسمه من الدواء الذي بدونه لا تنفع مداواة ؟[1]

ويرد على ذلك:

أن العضو ليس دواءً عاديًا بل هو استثناء، وقد أبيح للضرورة مثل أكل الميتة، والدم، ولحم الخنزير، وكلها لا يمكن أخذ مقابل عنها[2] ذلك أنها محرمة بنص الكتاب والسنة وإجماع المسلمين، فهو قياس مع الفارق[3].

ثانيًا: قياس المقابل المالي (ثمن العضو) على الدية، فإذا جاز له أخذ الدية (أو الأرش) عن فقد عضو جاز له أخذ المقابل المالي عن فقد عضو أعطاه لمريض[4].

ويرد على ذلك:

أن الدية (أو الأرش) إنما هي مقابل اعتداء الجاني على المجني عليه وليس ثمنًا للعضو المتلف[5]، فإذا رضي شخص بنزع عضو من جسده، فقد أسقط حقه في الدية أو الأرش، وبالتالي فلا يجوز له أن يأخذ ثمناً له[6] لذا قال الإمام الكاساني: "لأن ضمان

ودراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة د/ بلال حامد إبراهيم بلال صـ٢٠٧، وروز اليوسف في عددها الصادر في ١٩٩٦/٦/٢٤م بعنوان "سماسرة لحوم البشر".

(١) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد على البار صـ١٨٥، وبيع الأعضاء الآدمية د/ محمد نعيم ياسين صـ٣٥٢ والتصرف في أعضاء الإنسان د/ محمد الضويني، صـ٤٥، ودراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة د/ بلال حامد إبراهيم بلال، صـ٢٠٨.

(٢) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد على البار صـ١٨٥، ودراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة د/ بلال حامد إبراهيم بلال، صـ٢٠٨.

(٣) التصرف في أعضاء الإنسان د/ محمد الضويني، صـ٤٦.

(٤) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد على البار صـ١٨٥، وبيع الأعضاء الآدمية د/ محمد نعيم ياسين، صـ٣٥٢.

(٥) موسوعة جمال عبدالناصر الفقهية، جـ٥، صـ٨٦، الصادرة من المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة، ١٣٩٠هـ

(٦) الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي للشيخ/ عصمت الله عناية الله صـ٢٤٩، ٢٥٤ — رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة — جامعة أم القرى بمكة المكرمة، مشار إليها في: التصرف في أعضاء الإنسان د/ محمد الضويني صـ٤٦.

القتل ضمان الدم لا ضمان المال"[1] كما قال: "... أن المال خُلِقَ وقاية للنفس، والنفس مَا خُلِقَتْ وقاية للمال، فكانت الآدميّة فيه أصلا وجودا وبقاء وعرضا، وأن حرمة الآدمي فوق حرمة المال؛ لأن حرمة المال لغيره، وحرمة الآدمي لعينه، فكان اعتبار النفسية، وإهدار المالية أولى"[2].

وقال الإمام العز ابن عبد السلام: "وأما كفارة قتل الخطأ فوجبت جبرًا لما فوت من حق الله، كما وجبت الدية جبرًا لما فات من حق العبد".[3]

فالدية أو الأرش إنما هي لضمان الدم لا لضمان المال[4].

ثالثًا: أن العبد يجوز بيعه كله، فلا مانع من بيع بعضه كالعبد المشترك.[5]

ويرد على ذلك بأمرين:

الأول: أن الشركة هنا لا تكون على عضو وإنما تكون شائعة في جميع جسده، كما هو الشأن في الملك الشائع[6].

الثاني: كما أنه لا يجوز الاعتداء على العبد بقطع عضو من أعضاءه، أو قتله وتوزيع أعضاءه من باب أولى، وذلك لما ورد من حرمة ذلك وثبوت القصاص من الفاعل، سواء كان سيدًا[7] أو غير سيد، ويؤيد ذلك قول الرسول ﷺ " مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْنَاهُ وَمَنْ جَدَعَ عَبْدَهُ جَدَعْنَاهُ "[8].

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٢، صـ١٤١.
(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧ صـ٢٥٨.
(٣) قوانين الأحكام، لابن جزي، جـ١ صـ١٦٥.
(٤) التصرف في أعضاء الإنسان، د/ محمد الضويني، صـ٤٦.
(٥) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار صـ١٨٥، ونقله عنه د/ بلال حامد إبراهيم بلال، في بحثه دراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة صـ٢٠٩.
(٦) دراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة د/ بلال حامد إبراهيم بلال مرجع سابق صـ٢٠٩.
(٧) يوجد خلاف بين الفقهاء في القصاص من السيد إذا قتل عبده فبينما رأى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو ثور وحكاه الترمذي عن الحسن البصري وعطاء وبعض أهل العلم ومروى عن عمر بن عبد العزيز وعكرمة ومروى عن علي وعمر وزيد بن ثابت وابن الزبير والعترة جميعًا أن الحر لا يقتل بالعبد رأي الأحناف وابن المسيب والنخعي وقتادة والثوري ثبوت القصاص من الحر إذا قتل عبدًا، وقد نقل الإجماع على أنه لا يقتل السيد بعبده، راجع: حاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٢٣٨، وشرح الخرشي، جـ٨، صـ٣، وحواشي الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج شرح المنهاج، للشيخ / عبدالحميد الشرواني، والشيخ/ أحمد بن القاسم العبادي، جـ٨، صـ٤٠١، طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٥هـ، والمغني والشرح الكبير، جـ٩، صـ٣٤٨، وبدائع الصنائع، جـ٧، صـ٢٣٧، ونيل الأوطار، للشوكاني، جـ٧، صـ١٥.
(٨) سبق تخريجه، صـ١٣٢، بالهامش.

رابعاً: اعتمد أصحاب الرأي القائل بجواز بيع الأعضاء على أن هذا البيع ليس فيه امتهان أو ابتذال للآدمي عند الضرورة، وأن هذا البيع لا يتعارض مع كرامة الآدمي للأسباب الآتية.

وذلك لأن أجماع الفقهاء على عدم جواز البيع لا لأن ذلك يؤدي إلى إهدار كرامة الآدمي، وهو ما نص علية الحنفية فقط، وإنما لأنه لا منفعة في العضو المقطوع[1].

فيقول ابن قدامه في المغني "... وإنما حرم بيع الحر؛ لأنه ليس بمملوك، وحرم بيع العضو المقطوع؛ لأنه لا نفع فيه"[2].

ونظراً للتطور الطبي السريع لم يعد هناك جدال في إمكانية نقل الأعضاء، وبالتالي وجود نفع في العضو المنقول، قد يؤدي إلى إنقاذ حياة شخص، وهو نفع مشروع، خاصة وأن الاجتهاد الفقهي الإسلامي المعاصر قد حكم بذلك، عندما أجاز التبرع بشئ من الجسد لغرض معين، وحكم بمشروعية الانتفاع بهذا الشئ في هذا الغرض[3].

أن الذي يتعارض مع الكرامة إنما هو بيع العضو بهدف الربح، والتجارة لمجرد الكسب المادي، إذ هو الذي يشعر بالإذلال والامتهان، وأما إذا بيعَ لغرض إنقاذ المرضى من الهلاك، واستعماله في مثل ما استعمل له في أصل خلقته، فلا امتهان فيه ولا ابتذال[4].

ويناقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أنه ادعى أن جمهور الفقهاء عللوا حرمة بيع أجزاء الآدمي لعدم منفعتها بعد قطعها، وأن الحنفية عللوا عدم الجواز لأن فيه أهدار لكرامة الآدمي، وساق

---

(١) ويرجع سبب هذا الفهم إلى قول أبن قدامه في المغني: " وَحَرُمَ بَيْعُ الْعُضْوِ الْمَقْطُوعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَفْعَ فِيهِ " يراجع: المغني، لابن قدامه جـ٤ صـ٢٨٨، فهو فهم من ذلك أن حرمة بيع العضو المقطوع راجعة لعدم وجود النفع المطلق، وقال أن الفقهاء لو رأوا نفع نقل الأعضاء كما في العصر الحديث لوافقوا على بيعها، فكأنه جعل ذلك أساساً لقوله بجواز بيع الأعضاء البشرية، يراجع: بيع الأعضاء الآدمية د/ محمد نعيم ياسين صـ٣٥١، ويراجع في التعليق على ذلك: حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي د/ حسن علي الشاذلي صـ١٠٤.

(٢) المغني لابن قدامه جـ٤ صـ٢٨٨.

(٣) بيع الأعضاء الآدمية د/ محمد نعيم ياسين صـ٣٥١، ٣٥٢، والتصرف في أعضاء الإنسان د/ محمد الضويني صـ٤٧.

(٤) المراجع السابقة.

نصاً لابن قدامه-رحمه الله- يؤيد كلامه، وهو قوله: "... وإنما حرم بيع الحر؛ لأنه ليس بمملوك، وحرم بيع العضو المقطوع؛ لأنه لا نفع فيه"[1] وبنى على هذا ما سبق أن أستدل به.

والحقيقة أن هذا الاستدلال قد جانب الصواب، وذلك لأن حرمة بيع أعضاء الآدمي والتعامل فيها بالبيع والشراء لعلة تكريمه، وصيانته عن الابتذال ليس موقوفاً على الحنفية وحدهم، بل هو أمر مجمع عليه من الفقهاء[2].

مع ملاحظة أنه قد يعلل لحرمة البيع بما هو لازم للكرامة والحرمة، كتحريم بيع الآدمي لحرمة أكله[3] أو لأنه أحق بنفسه[4] أو لعدم دخوله تحت الملك[5]، وذلك أن هذه التعليلات مرجعها كرامة الإنسان وصيانته عن الابتذال[6].

وأما اعتماده على قول ابن قدامة ففيه نظر، ذلك أن سياق الكلام الذي جاءت فيه العبارة، لا يفيد ما اعتمد عليه القائل بتعليل حرمة بيع الأعضاء بعدم النفع قطعاً، لأن الكلام عن العضو المقطوع فعلاً، وهو عديم النفع بلا شك، وليس الكلام عن قطع عضو ليبيعه[7].

الوجه الثاني: أنه اعتمد في القول بجواز البيع على أن أعضاء الآدمي التي تزرع فيها نفع -للمتلقي- وهو نفع مشروع وأستند في ذلك إلى أن الاجتهاد الفقهي اعتبره بدليل أنه أباح التبرع به، وما دام أنه جاز التبرع به فإنه يجوز بيعه، لتحقق النفع المعتبر شرعاً، كما أن البيع تمليك والتبرع تمليك[8].

---

(١) المغني لابن قدامه جـ٤ صـ٢٨٨.

(٢) راجع: بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٥ صـ١٤٠، مواهب الجليل، للحطاب، جـ٤ صـ٢٦٥، والمجموع، للنووي، جـ٩ صـ٢٤٢، الكافي، لابن قدامه، جـ٢ صـ٧، طبعة فيصل عيسى الحلبي..

(٣) المحلى، لابن حزم جـ٧ صـ٤٢٦.

(٤) مواهب الجليل، للحطاب، جـ٤ صـ٢٦٣.

(٥) المغني، لابن قدامة، جـ٤ صـ٢٨٣.

(٦) صلاحية المبيع للانتفاع، د/ حسن صلاح الصغير، رسالة ماجستير جامعة الأزهر شريعة القاهرة، تحت رقم ٤٣٦، صـ٢٣٢.

(٧) المرجع السابق صـ٢٣٣.

(٨) التصرف في أعضاء الإنسان، د/ محمد الضويني، صـ٤٩.

والحقيقة أن هذا الفهم غير صحيح، ذلك أن هناك فرق كبير بين البيع والهبة أو التبرع، والقاعدة الفقهية أن كل ما يصح بيعه يصح هبته، ولا عكس[1] فهناك أمور كثيرة يجوز هبتها، ولا يجوز بيعها وعلى سبيل المثال المجهولات، فيجوز هبة المجهول ولا يجوز بيعه[2].

والذي يتناسب مع بذل العضو هو التبرع الذي هو أوسع مدلولاً من الهبة، فهو يشمل الهبة والصدقة والإحسان والإيثار وجميع أوجه البر بدون مقابل، ولذا فإنه لا يصح قياس بيع الأعضاء على التبرع بها أو هبتها، إذ في بيع الأعضاء ابتذال وامتهان وزهد- بدليل المعاوضة عنه بالمال- أما التبرع أو الهبة ففيهما إعزاز وتكريم[3].

الوجه الثالث: أنه ليس كل نفع يعتبره الشارع،لأن المحرم مهدر النفع شرعًا ولا يعتد بنفعه، وإلا فكل ما في الكون من المحرمات فيها نفع وفيها ضرر، ولكن الشرع أهدر ما فيها من نفع، ولم يعتد به رغم وجوده عقلاً وحسًا[4].

انظر إلى الخمر والميسر يقول الله تعالى: "﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَـٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ " (البقرة الآية: ٢١٩)، ومع ذلك حرم الشرع شرب الخمر وبيعها والانتفاع بها، وحرم لعب الميسر.

ولا شك أن الإنسان حُرم دمه بنصوص شرعية، وحُرم بيعه بنصوص شرعية، وعليه فلا عبرة بما في جميع أعضائه من نفع مطلقاً، لأن ما حُرم كله حُرم بعضه، إذ لا عبرة بأي نفع قد أهدره الشرع[5].

---

(١) القواعد، للزركشي، جـ٣ صـ١٣٨.
(٢)التصرف في أعضاء الإنسان، د/ محمد الضويني صـ٤٩.
(٣) مؤتمر الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية د/ عبدالستار أبوغده، المنعقد في ١٨ إبريل ١٩٨٧م صـ٤٠١، ٤٠٢.
(٤) دراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة، د/ بلال حامد إبراهيم بلال، صـ٢٠٥، والتصرف في أعضاء الإنسان، د/ محمد الضويني، صـ٥٠ .
(٥) انظر بالتفصيل: حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، د/ حسن علي الشاذلي، صـ١٠٣ وما بعدها.

الوجه الرابع: وبخصوص القول بأن الذي يتعارض مع الكرامة الآدمية أنما هو بيع العضو بغرض الربح والتجارة لمجرد الكسب المالي، وأما إذا كان بهدف إنقاذ مريض محتاج إليه فلا إهانة فيه ولا ابتذال.

فيرد عليه: بأن ضبط هذا المقصد غاية في الصعوبة، فكيف يكون هناك بيع، ولا يقصد البائع الكسب؟ فلو كان لدى الإنسان نية صادقة في إنقاذ من يستطيع إنقاذه، لأنف العوض، وابتغى وجه الله تعالى، وذلك بطريق التبرع لا البيع، وعلى فرض تحقق هذا في حالة ما، فإنه يكون نادراً لا نستطيع أن نُبني عليه حكماً شرعياً، علاوة على أنه سيفتح الباب على مصرعيه للاتجار في الأعضاء البشرية، لأن حب المال والربح قد يُميت الضمير، ويقتل كل فضيلة، وهنا يكون الابتذال والامتهان أشد ما يكون[1].

الرأي الراجح:

الذي أراه راجحًا هو الرأي الأول القائل بحرمة بيع الأعضاء البشرية، وذلك صيانة للآدمي وكرامة له، وذلك للأمور الآتية:

قوة أدلته وسلامتها من المعارضة.

لأنه يؤكد التكريم الذي أثبته الله للإنسان في كتابه الكريم، بقوله تعالى " ۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٠﴾". (الإسراء الآية: ٧٠)

لأنه لو فُتح باب التجارة في الأعضاء البشرية لضاعت إحدى المقاصد الضرورية للتشريع الإسلامي وهي حفظ النفس[2].

لأنه لو قلنا بجواز بيع الأعضاء البشرية لترتب عليه تطبيق قواعد عقد البيع على أجزاء الآدمي، ومن ثم إذا اتضح فساد العضو المبيع أو مرضه، أو لم يوف المشتري بالثمن، أو حدث إخلال بالتزامات أحد العاقدين، فإنه يترتب عليه فسخ عقد البيع وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وفي هذا إضرار بالعاقدين (البائع

(١) أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ٣٣٠، ونفس المعنى: صلاحية المبيع للانتفاع، د/ حسن صلاح الصغير، صـ٢٣٤.

(٢) هذا من جانب البائع.

والمشتري على حد سواء) ولن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد[1] فلا مجال هنا لنقض العقد[2].

لأن العضو إذا كان مكررًا (كالكليتين والرئتين والخصيتين) فإن تكراره لم يكن عبثًا من الخالق عز وجل، وتعالى عن ذلك علوًا كبيرًا، وإنما كانت لحكمة سامية، ووظيفة نافعة للجسد، فإذا ضعفت إحداها عن العمل فإن الأخرى تعوضها، فإذا نزعت إحداهما فمن يعوض الباقية إذا ضعفت أو توقفت عن العمل.

وإذا كان العضو غير مكرر كالكبد، والقلب فإن نزع العضو يؤدي إلى وفاة الآدمي وفي هذا قتل له أو قتل لنفسه، ولم يقل بجواز ذلك أحد، لأنه لا يجوز للآدمي أن يقتل نفسه أو يقتل غيره (إلا خطأ) عملاً بالآيات والأحاديث التي تمنع ذلك[3].

---

(١) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء د/ محمد علي البار ص١٨٤.

(٢) والاتفاق على نقض العقد يتخذ صورة التقايل أو الإقالة وهو يتم بعد إبرام العقد وعرفه البعض بأنه " اتفاق المتعاقدين أو من يقوم مقامهما على رفع العقد القابل لذلك بشروط مخصوصة"، راجع في ذلك: إقالة العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أ.د/ لاشين محمد يونس الغاياتي، صـ٢٧، (طبعة سنة ١٩٨٥).

(٣) انظر بالتفصيل الجنايات في الفقه الإسلامي د/ حسن الشاذلي صـ٥٥ وما بعدها، ومن هذه الأدلة: من الكتاب: قوله تعالى: "وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ " النساء الآية ٢٩ وقوله جل وعلا: "وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾ " النساء الآية ٩٣، وقوله تبارك وتعالى: وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ " الإسراء الآية ٣٣ .

ومن السنة النبوية: ما أخرجه الإمام البخاري- رحمه الله- في صحيحه من حديث عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما، قال: " قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ "لَنْ يَزَالَ الْمُؤْمِنُ فِي فُسْحَةٍ مِنْ دِينِهِ مَا لَمْ يُصِبْ دَمًا حَرَامًا" انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب: الديات، باب: قول الله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم، رقم (٦٣٥٥) جـ١٢، صـ١٤٩، والإمام أحمد في مسنده، كتاب: مسند المكثرين من الصحابة، باب: مسند عبدالله بن عمر بن الخطاب، رقم (٥٤٢٣) جـ٢، صـ٩٤، وامتدت مظلة حماية الأنفس حتى شملت غير المسلمين، فقد روى أبو هريرة -رضي الله عنه- عَنْ النَّبِيِّ ﷺ- قَالَ: "أَلَا مَنْ قَتَلَ نَفْسًا مُعَاهِدًا لَهُ ذِمَّةُ اللَّهِ وَذِمَّةُ رَسُولِهِ فَقَدْ أَخْفَرَ بِذِمَّةِ اللَّهِ فَلَا يُرَحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ وَإِنَّ رِيحَهَا لَيُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ سَبْعِينَ خَرِيفًا"، انظر: سنن الترمذي، كتاب: الديات، باب: ما جاء فيمن يقتل نفساً معاهدة، رقم (١٣٢٣) قَالَ أَبُو عِيسَى حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَقَدْ رُوِيَ مِنْ غَيْرِ وَجْهٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأخرجه الإمام ابن ماجة في سننه وصححه، كتاب: الديات، باب: من قتل معاهداً، رقم ٢٦٧٧، جـ٢، صـ١٩٤، ونيل الأوطار، للشوكاني، جـ٧، صـ١٢.

يضاف إلى ذلك أن القول بجواز بيع الأعضاء البشرية يترتب عليه أضرار كثيرة[1]، فيحرم عملاً بقاعدة سد الذرائع.

والذي يؤيد ترجيح عدم جواز بيع الأعضاء أن جميع الفتاوى المتعلقة بزرع الأعضاء نصت على أن يكون ذلك على سبيل التبرع[2]، بحيث يحرم اقتضاء مقابل للعضو المنقول أو جزئه كما يحرم اقتضاء مقابل للدم لأن بيع الآدمي الحر باطل شرعًا لكرامته[3].

---

(١) انظر: صـ ١٧٧ وما بعدها، من هذا البحث.

(٢) راجع في ذلك: الفتوى الصادرة من دار الإفتاء الشرعي المنشورة في الفتاوى الإسلامية العدد ٣١ صـ ٣٣١٧ رقم ١٣٢٣ والتي نصت صراحة على شرط التبرع في الأعضاء، الفتوى الصادرة من لجنة الفتوى بالأزهر الشريف بتاريخ ٨ يناير ١٩٨٠م، الفتوى الشرعية التي أصدرها د/ عبد الحليم محمود -شيخ الأزهر السابق- ونشرت بجريدة الأهرام في ١٠ فبراير ١٩٧٦م، وقرارات مجمع الفقه لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة يناير ١٩٨٥م، وفتاوى علماء ماليزيا والتي قدمت للمؤتمر العالمي الإسلامي المنعقد بماليزيا ١٩٦٩م والتي أيدها المؤتمر الإسلامي المنعقد بمدريد لمناقشة هذا الموضوع، راجع تفصيل ذلك: دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن د/ عبد الوهاب حومد، طبعة ١٩٨٣م، صـ ٢٧٩.

(٣) الموقف الفقهي والأخلاقي لعمليات زرع الأعضاء د/ محمد علي البار صـ ١٨٩.

الفرع الثاني

التصرف في الأعضاء البشرية تبرعاً

إذا كان بيع الإنسان لعضو من أعضائه باطلاً شرعا على رأى جمهور الفقهاء والباحثين ومحرماً، لأن جسد الإنسان وأعضائه مصونة عند الابتذال بالبيع[1] فلا يبقى إلا أن يتم نقل وزراعة الكبد عن طريق التبرع الذي يقوم على إنقاذ النفس من الهلاك، دون أن يكون الدافع إليه هو المال، ولذا ينبغي أن نتعرض لحكم التبرع بالعضو من الحي إلى الحي، متى كان هذا التبرع لا يضر بالمتبرع، ففي هذه الحالة يمكن القول أن هذا التصرف مشروعاً[2] طالما أن الشرع قد أقر للشخص على جسده قدراً من الولاية المقيدة[3] والتي بمقتضاها يجوز له التصرف في عضو من أعضائه لا يترتب على نزعه ضرراً. كالكلية، أو فص من الكبد لإنقاذ حياة مريض ميئوس من حياته، ومشرف على الموت، فبمقتضى حالة الضرورة الشرعية، وأعمالاً للنصوص الشرعية، والتعاون على البر والتقوى والإيثار يجوز له ذلك إعمالا للتضامن، وإنقاذاً لحياة المريض المضطر الذي أوشك على الهلاك عن طريق التبرع له بالعضو[4].

وبذلك فإن التبرع بالعضو أو التصرف فيه لم يتقرر إلا استثناء من أصل محظور بمقتضى الضرورة الشرعية، وهذا ما أقرته المؤتمرات الإسلامية التي عقدت بشأن ذلك. فنصت على أن التصرف في العضو لا يكون إلا على سبيل التبرع[5] و ليس البيع.

---

(١) لأن في بيع أجزاء الآدمي إهانة له و وإلحاق بالجمادات، وهذا إذلال له وبعض أعضائه في حكمه. انظر: فتح القدير، جـ٦صـ٤٢٥.

(٢) وهذا على رأى القائلين بجواز نقل الأعضاء من الفقهاء الأجلاء وإلا فإن هناك من لا يجيز نقل الأعضاء مطلقاً سواء كان بالبيع أو التبرع و منهم: د/ حسن الشاذلي في كتابة نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي صـ١٠٩، وما بعدها، ود/ عبد الفتاح إدريس، فى كتابة حكم التداوى بالمحرمات صـ٣٠٣. ود/عبد السلام عبدالرحيم السكرى، في كتابه: نقل و زراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي صـ٣٠٤. وما بعدها، وفضيلة الشيخ / محمد متولى الشعراوي، في كتاب من الآلف إلى الياء للأستاذ/ طارق حبيب صـ٨٢ وما بعدها وجريدة الأهرام الصادرة يوم ١٩٨٩/٢/٢٣م، وغيرهم وقد سبق ذكر هذه الآراء وآدلتهم في الفصل الأول من هذا البحث، صـ٨٨، فيكتفي به لعدم الإطالة.

(٣) راجع في ذلك: طبيعة حق الشخص على جسمه صـ١١٨، هامش (٥) هذا البحث.

(٤) نطاق الحماية الجنائية د/ محمد زيد العابدين طاهر صـ٥٨١ .

(٥) راجع في ذلك: الفتوى الصادرة من دار الإفتاء الشرعي رقم ١٣٢٣ والسابق الإشارة إليها، وفتوى، أ.د/ عبدالحليم محمود -شيخ الأزهر السابق- سابق الإشارة إليها، وقرارات مجمع الفقه لرابطة العالم

#

كما اشترط القائلون بالإباحة عدة شروط لجواز التبرع بالعضو ولا يمكن السماح بالتبرع بدونها، وهي كالتالي:[1]

١- رضاء المتبرع الذي يجب أن يكون صادراً عن إرادة حرة، وأهلية كاملة، وبينة من أمره[2] وبالتالي فإنه لا عبرة برضاء القاصر، أو المجنون، أو المعتوه، فلا يقبل منهم التبرع حتى لو صدر ذلك عن الوصي، أو الولي، لأن النيابة الشرعية مقيدة بتحقيق الأصلح للصغير والمجنون، والفقهاء يقولون بعدم قبول التبرع بمال الصغير والمجنون، فمن باب أولى لا يجوز لهما التبرع بأي عضو من أعضائه حال حياته[3].

٢- ألا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية[4] لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه، بل يدفع بما هو أخف منه[5]، وحتى في الأعضاء التي لا يترتب عليها الهلاك أو العجز فإنه يشترط ألا يؤدى الاستقطاع منها إلى ضرر، والمرجع في ذلك كله الطبيب المختص الثقة، فينبغي أن يجزم -أو يغلب على ظنه- بأنه لا ضرر على المأخوذ منه، وأنه يفيد المنقول إليه[6].

الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة يناير ١٩٨٥م، وفتاوى علماء ماليزيا والتي قدمت للمؤتمر العالمي الإسلامي المنعقد بماليزيا ١٩٦٩م والتي أيدها المؤتمر الإسلامي المنعقد بمدريد لمناقشة هذا الموضوع.

(١) راجع هذا الشروط: التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي د/ محمد عبد الرحمن الضويني صـ٨ وما بعدها، وضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية د/ محمد عبد الحميد الأنصاري صـ٢٦ وما بعدها، والموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء د/ محمد علي البار صـ١٤٠ وما بعدها.

(٢) وهذا ما صرحت به فتوى مجمع الفقه الإسلامي بجدة المنعقد في الفقرة من ١٨ -٢٣ جماد الآخر ١٤٠٨هـ الدورة الرابعة، الموافق فبراير ١٩٨٨م و التي نصت صراحة على "....و يراعي في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية".

(٣) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، د/ محمد نعيم ياسين صـ٣٧ ط دار النفائس، وبحثه حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، منشور بمجلة الحقوق جامعة الكويت السنة الثانية عشر، العدد الثالث محرم، ١٤٠٩هـ سبتمبر ١٩٨٨م، والتصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي، د/ محمد الضويني صـ ٥٩، وضوابط نقل و زراعة الأعضاء د/ عبد الحميد الأنصاري صـ٢٦.

(٤) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار صـ١٤٠، التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي، د/ محمد الضويني صـ٥٩.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ ٨٦.

(٦) فتوى فضيلة الإمام الأكبر الشيخ / جادالحق علي جادالحق، منشورة في كتاب مختارات من الفتوى والبحوث صـ٤٥، فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي -الدورة الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة في ٤/٢٨ إلى ١٤٠٥/٥/٧هـ الموافق ١٩-٢٨يناير سنة ١٩٨٥م، فتوى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة

#

٣- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المضطر، وذلك بانقطاع وسائل العلاج العادي في إنقاذه[١].

٤- أن يكون المستقبل (الآخذ للعضو) مضطراً لأخذ العضو، والمضطر من تكون حياته مهددة بالموت إن لم يقم بذلك الفعل كما يحدث في حالة المخمصة (المجاعة)[٢].

٥- أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة أو غالباً[٣]. ولذا لا يجوز إجراء زرع الأعضاء في الأمور التجريبية على الإنسان[٤].

٦- أن يكون التنازل عن العضو بدون مقابل مالي (أي تبرعاً)[٥] وذلك للنهي عن بيع الآدمي الحر وجزئه مثله، ولما في تفاضي مقابل للعضو من إهدار لكرامة الآدمي وحرمته[٦].

ولكن إذا كان المقابل المادي ممنوعاً كما أجمعت عليه الفتاوى والمذاهب الفقهية لحرمة البيع فماذا لو بذل المتلقي(المريض) إلى المتبرع مبلغا من المال كهدية، أو هبة، أو مساعدة غير مشروطة قبل إجراء العملية ؟

المؤتمر الإسلامي، في مؤتمره الرابع المنعقد بمدينة جدة (١٨-٢٣ جماد الآخر سنة ١٤٠٨هـ الموافق ٦-١١فبراير سنة ١٩٨٨م).

(١) وهذا الشرط يتحقق كاملاً في حالة نقل وزراعة فص من الكبد حيث يكون المريض في مرحلة الفشل الكبدي وليس له علاج سوى الزراعة، بخلاف زراعة الكلى، إذ إن الفشل الكلوي يعالج بطريقتين: أ- الغسيل الكلوي (الديلزه) ب- زرع الكلى، ولكن الزرع أفضل من حيث النتائج، مع أنه يستمر في الاحتياج إلى الغسيل قبل الزرع ويمكن بعده في حالة ما إذا فشلت عملية الزرع، راجع في ذلك: الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار صـ١٤٠.

(٢) التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي د/ محمد الضويني صـ٦٠، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء د/ محمد على البار صـ١٤١، وقد اشترطت الفتاوى الصادرة وجوب توافر حالة الضرورة لجواز التبرع بالعضو، انظر: فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الدورة الثامنة بمكة المكرمة عام ١٩٨٥م، القرار رقم ١ بند ٣، وفتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق رقم ١٣٢٣سنة ١٩٧٩م، وفتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية قرار رقم ٩٩ بتاريخ ٦\١١\١٤٠٢هـ وقرار رقم ٦٢ بتاريخ ٢٥\١٠/١٣٩٨هـ بشأن نقل القرينة.

(٣) فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي القرار رقم(١)، الدور الثامنة لمكة المكرمة سنة ١٩٨٥م .

(٤) التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي، د/ محمد الضويني صـ٦٠، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار صـ١٤١.

(٥) وهذا ما اشترطته وأجمعت عليه كل الفتاوى الصادرة من هيئات الفتوى و كبار العلماء و المجامع الفقهية، والتي حرمت اقتضاء مقابل للعضو المنقول أو جزئه .

(٦) راجع المبحث السابق والخاص ببيع الأعضاء وحكمه، صـ١٦١ وما بعدها.

الواقع أن الفتاوى الصادرة في هذا الشأن نصت على وجوب أن يكون البذل للعضو بدون مقابل، احتسابًا لوجه الله تعالى، ولكنها لم تمانع في إعطاء مبلغ من المال للمتبرع، من قبيل الهبة لا المعاوضة[1] بل إن البعض رأى أنه إذا قدَّم المتبرع له (المريض) هديه للمتبرع، فهذا لا بأس به، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا ﴿٨٦﴾﴾ (سورة: النساء – الآية: ٨٦) [2].

وهناك من جعل أخذ الهدية غير المشروطة من قبل العمل المحمود، ومن مكارم الأخلاق، وهو نظير إعطاء المقرض عند رد القرض أزيد من قرضه، دون اشتراط سابق، فهو مشروع ومحمود وقد فعله النبي ﷺ حيث رد أفضل مما أخذ، وقال: "إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً"[3].

وأما مجمع الفقه الإسلامي (العالمي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي) في مؤتمره الرابع بجدة عام ١٩٨٨م فقد توقف عن إبداء رأي حاسم، وجعل الأمر محل اجتهاد ونظر[4].

ولكن فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر بمكة المكرمة سنة ١٩٨٩م قررت: أنه لا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة، أو المكافأة تشجيعاً على القيام بهذا العمل الإنساني الخيري، لأنه يكون من باب التبرعات لا من باب المعاوضات[5].

---

(١) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار صـ١٤٠.

(٢) فتوى فضيلة أ.د/ محمد سيد طنطاوي –شيخ الأزهر– جريدة الأهرام ١٩٩٧/١/٣١م.

(٣) الفتاوى المعاصرة، د/ يوسف القرضاوي جـ٢ صـ٥٣٤، دار الوفاء للطباعة والنشر، والحديث أخرجه البخاري في صحيحه، في أكثر من موضع منها: كتاب: الوكالة، باب: وكالة الشاهد، والغائب جائزة رقم (٢١٤٠)، وكتاب: الاستقراض، وأداء الديون، والحجر، باب: حسن القضاء، رقم (٢٢١٨)، جـ٢ صـ ٨٠٩، ٨٤٣.

(٤) راجع فتوى مجمع الفقه الإسلامي (العالمي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي)، في مؤتمره الرابع المنعقد بمدينة جدة (١٨–٢٣ جماد الآخرة سنة ١٤٠٨هـ الموافق ٦–١١فبراير سنة ١٩٨٨م)، القرار رقم (١) د– ٨٨/٠٨/٤ البند سابعاً.

(٥) وهذه الفتوى خاصة بنقل الدم ولكن ما يصدق على الدم يصدق على غيره، لأن الدم متفق على تحريم بيعه كالأعضاء الأخرى، انظر: ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية، د/ عبدالحميد الأنصاري صـ٣٣.

٧ – و قد اشترط البعض أن يكون هذا العضو قد استقطع لعلة أصابت صاحبه، مثل عين تقرر طبياً إزالتها لمرضها، ومع ذلك يمكن الاستفادة من القرنية لشخص آخر، فلا شك في إباحة ذلك لأن فيه منفعة لإنسان، فينبغي تحصيلها، بدلاً من أن تذهب العين لتدفن في التراب دون فائدة(١).

صفوة القول:

بعد عرض وجهة نظر فقهاء القانون المدني والفقه الإسلامي حول مشروعية التصرفات الواردة على أعضاء جسم الإنسان، أستطيع أن أقرر الآتي:

أنه ليس ثمة خلاف حقيقي بين نظرة كل من فقهاء القانون، وفقهاء الشريعة الإسلامية حول عدم مشروعية بيع الأعضاء البشرية على الراجح من أقوالهم، وهو الأمر الذي أراه مناسباً في حالة زراعة الكبد، فليس من المعقول ولا المقبول السماح بدخول جسم الإنسان مجال الاتفاقات القانونية، والتي تجعل من هذا الجسد سلعة تباع وتشترى، وإذا كان من الجائز والمقبول القيام بهذه العمليات، واستخدام وسائل العلاج الحديثة، لإنقاذ حياة المرضى، فلابد وأن يتم ذلك في الإطار الشرعي والقانوني الذي يحمي جسم الإنسان من الاعتداء عليه وابتذاله، والذي يمثل السياج الذي يحمي هذا الجسد من ابتكارات العلماء، ومن الشطط والغلو، فإذا كان من حق العلماء أن يبتكروا ويبدعوا فلابد وأن يكون هذا الابتكار والإبداع في نطاق المشروعية، والتي تقتضي أن تكون عمليات زراعة الكبد قائمة على أساس التبرع الذي يقوم على الإيثار والتضحية من أجل

---

(١) انظر في تفصيل هذه الشروط: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد على البار صـ١٤٠، وحكم التغذي والتداوي بالمحرمات في الشريعة الإسلامية، د/ خليل إبراهيم شكري حميض، صـ٢٢٤، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة عام ١٩٨٢م، وضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية د/ عبدالحميد الأنصاري صـ٢٣ وما بعدها، وفتوى الدكتور/ أحمد عمر هاشم في اللواء الإسلامي بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٩م، وفتوى الشيخ/ عطيه صقر، في كتابه أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام مجلد ١ صـ ٣٥٢، ٣٥٤، ط دار الغد العربي، والتصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي، د/ محمد الضويني صـ٥٨ وما بعدها.
وهناك من أشترط شروط أخرى زيادة على ما سبق، كعدم جواز نقل عضو المعصوم إلى غير المعصوم، ومراعاة أصول الكرامة الإنسانية أثناء الجراحة، واتصاف الطبيب بالصفات الإنسانية، وقوة جسم المتبرع، وصلاحية المكان التي تجرى فيه الجراحة، والمحافظة على العضو المقطوع باستخدام الفنون الطبية حتى لا يفسد، وأن لا يكون من شأن العضو المنقول أن يغير في خصائص المنقول إليه، أو يؤدي إلى اختلاط الأنساب، راجع في هذه الشروط وغيرها: القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبدالحسيب رضوان، صـ٤٦٠ وما بعدها.

إنقاذ نفس من الهلاك، وليس البيع الذي يقوم على حب المال، وطالما أن هذه العمليات مقررة على خلاف الأصل فيجب إلا يتم التوسع فيها، وأن يتم السماح بالقدر الذي يتناسب مع الضرورة.

ولحسم هذا الأمر، لابد من صدور تشريع يمنع التجارة في الأعضاء، ويُحرم عملية بيع الأعضاء البشرية، ويضع الضوابط الخاصة بالتبرع، الذي يجب أن يقتصر على الأقارب وأن تتم هذه العمليات في أماكن مخصصة تشرف عليها وزارة الصحة، وذلك منعاً لأي تلاعب أو تحايل على القانون، وهذا ما يتناسب مع ما أكدته لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بتاريخ ٥ سبتمبر سنة ٢٠٠٣م، حيث نصت في المادة (٥١) على أنه: "يُحظر الاتجار في الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية والجينات البشرية، ولا يجوز بأي حال من الأحوال للطبيب المشاركة في هذه العمليات، وإلا تعرض للمساءلة التأديبية"[1].

---

(١) ينظر: لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م، بتاريخ ٥ سبتمبر سنة ٢٠٠٣م، بعد العرض والموافقة من الجمعية العمومية المنعقدة في ٢٠٠٣/٣/٢١م، ومؤتمر النقابات الفرعية لأطباء مصر في الفترة من ٤ — ٢٠٠٣/٧/٦م.

الفصل الثالث
الشروط القانونية والشرعية لعملية زراعة الكبد

تمهيد وتقسيم

بعد عرض وجهة نظر فقهاء القانون والفقه الإسلامي في أحكام نقل وزراعة الكبد بين الأحياء والتعرف على جواز هذه الجراحة على رأي جمهور الفقهاء من الجانبين الشرعي والقانوني، طالما أن ذلك بدون مقابل مالي ولا يترتب على هذه الجراحة ضرر بالمعطي، ولكن هناك شروط أخرى لابد من توافرها تتعلق بالمريض والمعطي من حيث ضرورة توافر الرضا من الطرفين والإذن الشرعي، مما يستدعي التعرض لهذه الشروط بالشرح والتحليل ولذا ينبغي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الشروط القانونية لعملية زراعة الكبد.

المبحث الثاني: الشروط الشرعية لعملية زراعة الكبد.

المبحث الأول
الشروط القانونية لعملية زراعة الكبد

إن عملية نقل وزراعة الكبد لابد لها من ثلاثة أطراف الطبيب والمريض والمعطي (المتبرع)، ويجب على الطبيب الجراح في هذا المجال الحصول على رضاء المعطي والمريض، حيث إن رضائهما شرط أساسي لإباحة هذه العملية[1] ولذا فإنه يلزم بيان مفهوم رضاء كل من المعطي والمريض وشروطه ولذا فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: رضاء المعطي.

المطلب الثاني: رضاء المريض.

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٧.

المطلب الأول

رضاء المعطى [المتبرع]

ضرورة رضاء المعطي:

إن المتبرع هو إنسان حر له الحق في سلامة جسمه وحمايته وبالتالي فإنه ليس أداة يستعملها الطبيب كيفما يشاء[1] فلا يجوز للطبيب أن يمارس الاقتطاع بدون موافقة المتبرع[2] لأن الحق في سلامة جسد الشخص من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي تتعلق بالنظام العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع[3] كما أن حق الشخص في التصرف في جسمه ليس حقًا مطلقًا[4] وبالتالي فإنه لا يمكن الاعتداد بهذا الرضا إذا كان هناك مساسًا بحق الشخص في الحياة، حيث إن الإنسان لا يملك التنازل عن حياته ولا حتى تعريضها للخطر أو انتقاص من مقدرتها الوظيفية[5] ولذلك فقد استقرت التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزراعة الأعضاء على ضرورة الحصول على رضاء المعطي (المتبرع) لإباحة هذه العمليات[6] ولذا فإنه ينبغي لنا بيان شكل الرضا وخصائصه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: شكل الرضا.

الفرع الثاني: خصائص الرضا.

---

(١) إلا أن محكمة باريس قد ذهبت في حكم لها إلى أن المعطي ما هو إلا أداة بين يدي الطبيب لإجراء العملية الجراحية.

Paris 25 Avril 1945, Gaz. Pal. 1945 – 1 – 209, S. 1946 – 2 – 29, note R. Garraud, D. 1946, 190, note Tunc.

(٢) أعضاء جسم الإنسان ضمن التفاعل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣٠٨ .

(3) Savatier (R): Les Problêmes ... Op. Cit., No. 8.

(٤) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٦٨.

(٥) المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/ رياض الخاني، صـ٢٠.
القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٦٩.
الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد البار صـ١٥٠.

(٦) ينظر الفقرة الأولى من المادة الثانية من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨ من القانون الفرنسي. المرسوم رقم (٥٠١)، والمادة ٢/٢٦ من التشريع التشيكوسلوفاكي رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٨م، والمادة ٢/٧ من تشريع جنوب أفريقيا رقم ٢٤ الصادر في ٣٠ مارس لسنة ١٩٧٠م، والمادة الأولى من القانون الإيطالي رقم ٤٥٧، الصادر في ٢٦ يونيو عام ١٩٦٧م، والمادة ٣ من القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ١٩٨٣م والخاصة بعمليات زراعة الكلى للمرضى، والمادة ٣ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة بفرنسا ١٩٩٤م.
راجع هذه التشريعات: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٦٦، وما بعدها، وينظر في جواز اعتبار رضاء المريض سببا من أسباب الإباحة: نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء "دراسة مقارنة" د/ طارق سرور، صـ٢٠١، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠١م، صـ١٠٥.

الفـــرع الأول

شـــكل الرضـــا

الأصل أن الرضا الصادر من المعطي (المتبرع) ليس له صورة معينة يفرغ فيها[1] فقد يصدر ضمنيًا وقد يصدر صريحاً بالقول أو الكتابة، والكتابة ليست لها صورة معينة، فقد تكون مطبوعة أو بخط اليد أو مكتوبة على الآلة الكاتبة، ولكن يتعين في الكتابة أن تكون صريحة وواضحة في الدلالة على الرضا.

وإفراغ الرضا في شكل كتابي هو أمر مهم جدًا حيث إنه يوفر المزيد من الحماية للمعطي نظرًا لما تنطوي عليه عملية الاستئصال من خطورة بالنسبة له، وتمثل الكتابة في الوقت نفسه ضمانًا بأن المعطي (المتبرع) قد أقدم على تبرعه دون إكراه أو ضغط كما تتيح له التفكير بهدوء وروية إذ إن مجرد مطالبته بالتوقيع على قبوله يُعد تبصيراً له بأن الأمر يتعلق بشيء مهم وخطير يحتاج إلى موافقة من نوع خاص.

ولذا فإن معظم التشريعات تشترط للاعتداد بصحة الرضا الصادر من المعطي باستئصال جزء من جسمه، أن يكون مكتوبًا وموقعًا عليه منه[2].

ولكن التشريعات تختلف في بعض الجزئيات الخاصة بالكتابة من حيث مدى كفاية توقيع المعطي فقط مع وجود شاهد أو من حيث كون الموافقة تتم أمام قاضي.

---

(١) القانون الجنائي الطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٦٩، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٢٨.

(٢) راجع المادة ١١٣ من قانون أونتاريو Ontario بكندا الصادر بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٧١م، والخاص بالتبرع بالأنسجة البشرية، Rec. inter. Lêg. Sanit. ١٩٧٢, p. ١٢٤.

وراجع كذلك المادة ٢/٧ من قانون جنوب أفريقيا رقم ٢٤ الصادر في ٣ مارس لسنة ١٩٧٠م، كما تقرر المادة الأولى من القانون الدانمركي رقم ٢٤٦ الصادر بتاريخ ٩ يونيه ١٩٦٧ أن المعطي يجب أن يعبر كتابة عن رضائه باستئصال عضو من جسمه، والقانون اليوغسلافي في مرسوم ١٥ يوليو سنة ١٩٨٢م، مادة ٢/٢، والقرار التنفيذي في ألمانيا الديمقراطية الصادر في ٤ يوليو سنة ١٩٧٥م، مادة ٨.

مشار إليهم: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٦٦، وما بعدها، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٢٨، وما بعدها.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية يكفي وجود موافقة مكتوبة أمام شاهدين، حيث يوجد مبدأ في هذا البلد ينص على حق كل فرد راشد وسليم العقل بالتصرف بجسمه الخاص، وبهذا الصدد، فقد تم إعداد نموذج لهذا الغرض[1].

أما المشرع الفرنسي ففي المرسوم رقم ٥٠١ الصادر في ٣١ مارس ١٩٧٨م قد فرق بين الأعضاء المتجددة والأعضاء غير المتجددة، فعندما ينصب الاقتطاع على عضو غير متجدد، فإن موافقة المتبرع يجب أن تُعطى أمام رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع في دائرته موطن المعطي أو أمام قاضٍ يعينه رئيس هذه المحكمة، على أن يثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقعًا عليه من القاضي والمعطى، وتعطى صورة منه إلى المستشفى الذي سيتم به الاستئصال، وتحفظ النسخة الأصيلة لدى قلم كتاب المحكمة[2].

---

(١) وقد وضع هذا النموذج على النحو التالي:
"لقد شرح لي الدكتور .... أن حياة السيد .... في خطر بسبب إصابته بقصور..... إلى الحد الذي لا يقبل الشفاء. وقد أعلمني أنه يمكن نقل .... من شخص لآخر بواسطة عمل جراحي. وقد حصلت على معلومات كاملة عن الخطر الفوري الذي يمثله استئصال .... بالنسبة لي وكذلك عن الضرر الدائم الذي يمكن أن ينتجه هذا الاقتطاع على صحتي. واعلم كذلك أن هذه العملية قد لا تكلل بالنجاح وتحقق الفائدة المنشودة للمستفيد.
وحتى يستطيع السيد .... الاستفادة من العملية، أرغب بالسماح وإعطاء التعليمات كي يقتطع الدكتور .... إحدى .... من خلال عمل جراحي.
التاريخ .... توقيع المتبرع ....
أشهد أن المتبرع قد قرأ هذا النموذج المرفق ووقعه بحضوري واعتقد أن السيد .... قد حصل على المعلومات الكافية.
التاريخ .... توقيع الشاهد ....
راجع: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدائم، صـ٣٢٦.

(٢) المادة ٢ من المرسوم رقم ٥٠١ لسنة ١٩٧٨م وتهدف هذه المادة من التحقق فيما إذا كانت الموافقة صادرة فعلاً من شخص متمتع بكامل قواه العقلية وفيما إذا كان حرًا وفيما إذا كان قد حصل على المعلومات الكافية من قبل الطبيب المسئول عن قسم الاقتطاع في المشفى وأن يتأكد أخيرًا أن الاعتبارات المالية ليست هي الباعث للتبرع ثم تترجم إرادة المتبرع ضمن صك مكتوب يوقع عليه القاضي والمتبرع نفسه ثم يرسل إلى مدير المشفى الذي سيجرى ضمنه اقتطاع الأعضاء.
والمادة ٣/٢ من مشروع القانون السويدي والتي تقرر أن يكون رضاء المعطي كتابة وأن يعطى في وقت مقارب للتدخل الجراحي وفي حضور الطبيب الذي قرر إجراء عملية الاستئصال.
راجع في ذلك أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣٢٧، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٧١.

أما إذا تعلق التنازل بعضو يتجدد كالجلد فمع أنه يجب أن تكون الموافقة مكتوبة أيضًا إلا أن القانون لم يشترط حصولها أمام قاض بل اكتفى بوجود شاهد يختاره المتبرع ليوقع على هذا الصك المكتوب، وبالتالي فإنه يكون هناك بساطة نسبية[1].

إلا أن المشرع الفرنسي قد عدل عن هذه التفرقة بين الأعضاء المتجددة وغير المتجددة في قانون ٢٩ يوليو ١٩٩٤م حيث فرض ضرورة التعبير عن الموافقة أمام رئيس محكمة البداية المدنية أو أمام قاض معين من قبله[2]، فلم تعد تختلف إذًا أشكال الموافقة تبعًا لاختلاف طبيعة العضو المراد اقتطاعه سواء كان العضو متجدد أو غير متجدد فتتم الموافقة بالصورة السابقة، ومن جهة أخرى فإنه إذا أعطى المتبرع موافقته على اقتطاع الأعضاء فيجب ألا يرتبط بهذه الموافقة الكتابية لأنها لا تصبح قطعية إلا في لحظة الاقتطاع ويمكن مبدئيًا العدول عن هذه الموافقة حتى تلك اللحظة[3].

وهناك تشريعات أخرى تستلزم ضرورة الحصول على موافقة مكتوبة من المتبرع منها[4]:

القانون الإيطالي رقم ٤٥٨ الصادر في ٢٦ يونيه ١٩٦٧م والخاص بنقل الكلية بين الأشخاص الأحياء، حيث يوجب على المعطي البالغ كامل الأهلية أن يقدم للقاضي التصرف التبرعي على ورقة عادية.

والقانون الفينزويلي الصادر في ١٩ يوليو ١٩٧٢م والخاص بنقل وزرع الأعضاء حيث تقرر المادة ١/٩، أنه يجب على المعطي أن يبلغ رضاه إلى اللجنة الطبية المكلفة

---

(١) أعضاء جسم الإنسان ضمن التفاعل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣٢٦.

(٢) المادة ل ٣ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة.

(٣) الفقرة الثالثة من المادة ل ٣ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة وهي تقابل الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من مرسوم ٣١ مارس لسنة ١٩٧٨م، والتي نصت على أنه "في كل الحالات يمكن الرجوع عن موافقة المتبرع في أي لحظة وبدون أي شكلية".
وبالتالي فإنه يجوز للمتبرع العدول إراديًا عن التزامه في أي لحظة وبدون أن يخشى أي إجبار على تنفيذه للالتزام ولو حتى بالتعويض، وهذا المبدأ خاص بالتصرفات الواقعة على جسم الإنسان بخلاف التصرفات المالية حيث إن المبدأ فيها "لا يقبل التبرع الواقع على الأموال مبدئيًا الرجوع عنه" المادة ٨٩٤ من القانون المدني الفرنسي.

(٤) راجع هذه التشريعات في: القانون الجنائي والطب الحديث د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٧١، وعمليات نقل الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٢٨، والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد الشوا، صـ٦٦٦، وما بعدها.

بإدارة برنامج نقل وزرع الأعضاء في المعهد أو المؤسسة أو المستشفى المسموح لها بواسطة السلطة التنفيذية الوطنية لإجراء عمليات الزرع.

والقانون المصري رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، والخاص ببنك العيون حيث تنص المادة الثالثة على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين وهم كاملوا الأهلية، وإذا كان المعطي قاصرًا أو ناقص الأهلية يلزم الحصول على إقرار كتابي من وليه.

والقانون الكويتي رقم ٧ لسنة ١٩٨٣م، والخاص بعمليات زراعة الكلى للمرضى حيث ينص في المادة الثالثة على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي[1].

ونخلص من ذلك بأن كون الرضاء مكتوبًا يضمن سلامة المعطي كما يضمن سلامة الطبيب وحمايته سواء من الجانب الجنائي أو المدني.

---

(١) وهذا أيضًا ما اشترطته المملكة العربية السعودية حيث ورد ضمن الإجراءات العامة لزراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية في البند رقم ٨ ما نصه "أن يكون التبرع مدعومًا بإقرار كتابي وموثق من المتبرع ويجوز للمتبرع أن يرجع عن تبرعه في أي وقت قبل إجراء العملية، ينظر: دليل إجراءات زراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية، إصدار المركز السعودي لزراعة الأعضاء، صـ١٠.

الفرع الثاني

خصائص الرضا

تمهيد وتقسيم:

إن رضاء المعطي لا يكفي بمفرده لإسباغ الشرعية على عملية نقل الأعضاء، وإنما يتعين أن تتوافر مجموعة من الشروط القانونية والضمانات الطبية الأخرى[1].

فلابد لصحة رضاء المعطي أن يصدر عن إرادة حرة وأن يكون عن دراية وعلم بطبيعة الجراحة والإجراءات والاحتياطات المتخذة، وأن لا يكون دافعه هو تحقيق ربح مالي[2].

وعلى ذلك فلكي يكون رضاء المعطي صحيحًا ومنتجًا لآثاره يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الخصائص وهي أن يكون الرضا متبصرًا، وحرًا، وأن يكون المعطي أهلاً لهذا الرضا، وأن لا يكون دافعه هو تحقيق الربح المالي، وهذا ما نعرض له على النحو التالي:

أولاً: أن يكون الرضا متبصرًا

وهذا يعني أنه لكي يكون رضاء المعطي صحيحًا ومنتجًا لآثاره أن يكون الطبيب قد بصره بجميع المعلومات المفصلة، وأن يطلع على كل النتائج المتوقعة ذات الطبيعة الجسدية والنفسية لاقتطاع الأعضاء المتوقع إجراؤه، وكذلك الانعكاسات المحتملة لهذا الاقتطاع على حياته الشخصية والعائلية والمهنية، ويجب أن تنص هذه المعلومات بالإضافة إلى ذلك على النتائج المرجوة من زرع الأعضاء بالنسبة للمستفيد[3].

---

(١) حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي صـ١٢٥.

(٢) نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦م، صـ١٧٧.

(3) Doll (J.P.) Op. Cit, p. 68, Malherbe (J.): Mêdecine et droit moderne, masson et cie 1969, p. 114.

مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٧٢.

وينظر نفس المعنى أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣٠٨ وما بعدها.

وقد نصت المادة (٥٠) من لائحة آداب مهنة الطب على أنه: "على الطبيب قبل إجراء عمليات نقل أعضاء وفقاً للتشريعات المنظمة لذلك أن يبصر المتبرع بالعواقب الطبية والأخطار التي قد يتعرض لها نتيجة لعملية النقل وأخذ الإقرارات اللازمة التي تفيد علمه بكافة العواقب في هذا الشأن قبل إجراء العملية"(١).

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة الرابعة فقرة أولى من قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م "يجب أن يعلم المتبرع بالنتائج المحتملة لقراره باستئصال عضو من جسمه"(٢).

وعاد وأكد عليه في المرسوم رقم ٥٠١ الصادر في ٣١ مارس ١٩٧٨م تنفيذًا للقانون السابق ونص في مادته الأولى على أن الالتزام بتبصير المعطي يشمل جميع النتائج المحتملة للاستئصال سواء من الناحية التشريحية أو النفسية وكذا المخاطر المحتملة ..."(٣).

كما نص المشرع الفرنسي أيضًا في قانون الصحة العامة رقم ٦٧١ لسنة ١٩٩٤م على أنه لا يمكن اقتطاع أعضاء من شخص حي إلا بعد أن يكون المتبرع قد اطلع على الخطر الواقع وعلى النتائج المحتملة التي سيعاني منها ويجب أن يعبر هذا المتبرع عن موافقته بأشكال رسمية للغاية(٤).

وعلى المستوى الدولي والأوربي، تنص النصوص المتعلقة باقتطاع الأعضاء من أشخاص أحياء بالنسبة للمتبرع على قواعد مماثلة، في مجموعها، لقواعد قانون Caillavet وخاصة فيما يتعلق بالمتبرع الراشد: ضرورة وجود موافقة حرة وأحيانًا صريحة وكذلك إعلام المتبرع عن الخطر ونتائج الاقتطاع(٥).

وجاء في التوصيات النهائية لمؤتمر بيروجيا المنعقد في إيطاليا بتاريخ ٣ إلى ١٣ يوليو ١٩٦٩م أنه "يجب أن يسبق الحصول على الموافقة أو الإذن شرح واف من قبل

(١) ينظر: لائحة آداب المهنة الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م، بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٠٣م.

(٢) ينظر نفس المعنى: المادة ٢٣ من القانون التشيكوسلوفاكي رقم ٢٠ الصادر عام ١٩٦٦م، والمادة ١/٣ من القانون الدنماركي رقم ٢٤٦ الصادر في ٩ يونيه عام ١٩٦٧م.

(٣) ينظر: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، د/ محسن عبدالحميد البيه، صـ١٨٥، مطبعة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣م.

(٤) راجع المادة ل٣ — ٦٧١ من قانون الحصة العام لسنة ١٩٩٤م.

(٥) راجع التوصية (٧٨) للجنة وزراء المجلس الأوربي حول تنسيق تشريعات الدول الأعضاء المتعلقة بالاقتطاع وزرع ونقل المواد ذات الأصل البشري (المادة الثانية والثالثة) مشار إليه في: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣٠٩.

الطبيب حول موضوع ومخاطر العملية ونتائجها الآتية والمستقبلة سواء على الصعيد الفيزيولوجي، أو الاجتماعي، أو السيكولوجي، أو المالي"[1].

كما تنص الفقرة الثانية من المبدأ الثالث من القواعد الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في ١٣ مايو ١٩٩١م أن:

"الراشدين الأحياء يستطيعون في كل الأحوال التبرع بالأعضاء ولكن يجب بشكل عام وجود رابطة وراثية بين المتبرع والمستفيد، ويجب إعلام المتبرع ... بشكل كافٍ حتى يستطيع فهم وتقدير الأخطار والحسنات ونتائج موافقته"[2].

ويجب أن يعرض الطبيب على المتبرع طبيعة العمل الجراحي والأخطار الناتجة عنه، أي الخطر الجراحي والمضاعفات التي يمكن أن يولدها الاقتطاع والنتائج المحتملة لفقدان عضو سواء كانت ذات طابع جسدي أو نفسي[3]، فيتمثل الالتزام بتبصير المريض في قيام الطبيب بإخبار المريض وإعلامه بمخاطر المرض والعلاج[4]، وكذلك توضيح نوع العلاج أو الجراحة للمريض تفصيلاً حتى يصدر رضاؤه وهو على بينة من أمره[5].

وقد جمع البعض[6] الأمور التي يجب تبصير المعطي فيها وحصرها في:

– المخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها نتيجة الاستقطاع.[7]

– الفائدة التي تعود عليه (نفسية – مالية ...).

---

(١) المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/ رياض الخاني، صـ٢٧، والمسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة، د/ منير رياض الخاني، صـ٨٧، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩م.

(٢) نقل الأعضاء البشرية: تقرير عن النشاطات الجارية تحت رعاية منظمة الصحة العالمية (١٩٨٧ – ١٩٩١م) صـ٨ – ٩.

(3) DUBO. La transplantation d'organes, êtdude de droit privé, thése. Lille, 1978, p. 44.

(٤) خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، د/ محسن البيه، صـ١٧٣.

(٥) الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة مقارنة" د/ هشام محمد مجاهد القاضي، صـ١١٧، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

(٦) د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، في بحثه: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، صـ١٢٥ – ١٢٦.

(٧) ويلاحظ أنه إذا كان الطبيب الجراح لا يلتزم بإطلاع المريض على جميع المخاطر التي تترتب على العملية الجراحية التي تجري له، مراعاة لحالته النفسية فإن الوضع يختلف بالنسبة للمعطي لأن إطلاعه على الحقيقة الكاملة بجميع المخاطر التي سيتعرض لها من العملية، لن يؤثر على حالته النفسية لأنه ليس بمريض، فالعملية تتم ليس لصلحته وإنما لمصلحة شخص آخر".

ينظر: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء د/ حسام الأهواني، بند رقم ٧٣، صـ١١٣، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٧٤.

- طبيعة الجراحة والإجراءات والاحتياطات المتخذة.
- أهمية عملية النقل والزرع بالنسبة للمتلقي.
- مدى تأثير عملية الاستقطاع على القدرة الجنسية للمعطي وعلى قدرته على العمل.
- المدة اللازمة للشفاء الكامل من آثار الجراحة.
- المتابعة الصحية المطلوبة.

ويجب على الطبيب استخدام لغة واضحة،والابتعاد عن المصطلحات التقنية لمهنة الطب، كما يجب أن يكون شرحه بسيطًا وحقيقيًا وواضحًا[1]، وبالتالي يجب على الطبيب إشراك المتبرع في اتخاذ القرار من خلال إعطائه المعلومات الضرورية التي تجعله قادرًا على المشاركة باتخاذ القرار المناسب[2].

ولكن هناك سؤال على درجة كبيرة من الأهمية وهو إلى أي مدى يكون إخبار المعطي بحالة المريض الصحية واحتمالات عملية زرع العضو بالنسبة للمريض يمثل خروجًا على مبدأ عدم إفشاء سر المهنة الطبية[3]؟

ذهب البعض إلى أن قيام الطبيب بإخبار المعطي بعض ما يعرفه – بحكم مهنته – عن حالة المريض يعد من قبيل إفشاء سر المهنة الطبية ويقع تحت طائلة العقاب[4].

وذهب البعض الآخر إلى أنه لا يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة الطبي قيام الطبيب الجراح – في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء – بإطلاع المعطي على الحالة الصحية للمريض واحتمالات نجاح عملية زرع عضو له[5]، وهذا الاتجاه هو الأولى بالقبول

---

(١) وهذا ما أكدته المادة (٢١) من لائحة آداب مهنة الطب حيث نصت أنه: "على الطبيب أن يوفر لمريضه المعلومات المتعلقة بحالته المرضية بطريقة مبسطة ومفهومة......".

(٢) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٣١٠.

(٣) نصت المادة (٣٠) من لائحة آداب مهنة الطب، على أنه: "لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التي اطلع عليها بحكم مهنته، إلا إذا كان ذلك بناء على قرار قضائي، أو في حالة إمكان وقوع ضرر جسيم ومتيقن يصيب الغير، أو في الحالات الأخرى التي يحددها القانون".

(4) Kornprobst (L.): Collegue des Magistrats rêsistants, Paris, 1969, p. 199.

وقد اقترح كونبرست إضافة فقرة ثالثة إلى المادة ٣٧٨ عقوبات الخاصة بسر المهنة تبيح للطبيب الجراح إطلاع المعطي بما يعرفه عن حالة المريض، مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ٧٤.

(٥) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء د / حسام الأهواني، بند (٧٤)، صـ١١٤، والقانون الجنائي والطب الحديث، د / أحمد شوقي أبوخطوة، صـ٧٥.

لأنه يتمشى مع طبيعة عمليات نقل وزراعة الأعضاء والتي يعتبر فيها المعطي (المتبرع) طرف ثالث يحق له أن يعرف حالة المريض الصحية لأنه هو من سيتنازل عن عضو من جسده لإنقاذ حياته.

ثانياً: أن يكـون الرضــا حـرًا

لابد لكي يكون رضاء المعطي صحيحًا أن يكون صادرًا عن إرادة حرة[1] أي عدم خضوعه فعليًا لأي ضغط جسدي أو معنوي، وهذا ما يتفق مع المبادئ القانونية المستقرة دوليًا حيث تنص الفقرة الثانية من المرشد الثالث من المبادئ الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في ١٣ مايو ١٩٩١م؛ على أنه "يجب ألا يخضع المتبرع لأي نفوذ أو ضغط تعسفي"[2].

وبالتالي فكل إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المعطي من شأنه أن يعيب رضائه[3] فيجب على المعطي (المتبرع) التعبير عن موافقته بحرية كاملة وبدون أي ضغط، ويشكل هذا بالنسبة لرجل القانون أهمية جوهرية[4] ويجب أن يستمر هذا الرضا حتى وقت استئصال العضو[5]، وبالتالي فإنه يجوز للمعطي العدول عن رضاءه في أي وقت قبل إجراء عملية الاستقطاع[6].

ومسألة عدم خضوع المعطي للضغوط تثير سؤال على جانب كبير من الأهمية وهو إلى أي مدى يمكن التعويل على الرضاء الصادر من المتهمين، والمحبوسين والمحكوم عليهم بالإعدام؟.

---

(١) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين بند ٦٨، صـ١٣٧، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٣٢.

(٢) نقل الأعضاء البشرية، التقرير المذكور لمنظمة الصحة العالمية (١٩٨٧ — ١٩٩١م) صـ٩.

(٣) راجع القواعد العشرة لنورمبرج الصادرة في ١٩ أغسطس عام ١٩٤٧م، خاصة القاعدة الأولى.
وراجع أيضًا القواعد التي توصلت إليها الجمعية الطبية الدولية في مؤتمرها المنعقد عام ١٩٦٤م، والتي تعرف تحت اسم إعلان هيلسنكي، الجزء الثالث، المادة الثالثة من هذا الإعلان.
مشار إليه، القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٧٥.

(4) B. BUBO. La transplantation … Op. Cit. p. 42.
مشار إليه، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣١١.

(٥) نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ١٧٧.

(٦) النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، د عصام محمد أحمد، الطبعة الثانية، القاهرة، صـ١٠٧٢، رسالة دكتوراه ١٩٨٨م.

المعتقلين والمحكومين وسجناء الحرب:

الواقع أنه لا يمكن السماح للسجين بالتبرع بأعضائه في الجملة لأن المرء قد يحاول بشكل غير مباشر لفت انتباه السلطة الحكومية نحوه للحصول على مكافأة، أو لإنقاص العقوبة أو للحصول على مزايا أخرى استثنائية، كما لا يمكن للمرء التأكد مما إذا كانت هذه الموافقة قد انتزعت تحت سلطان الخوف أو تحت الضغط بمنحه بعض المزايا[١]؟

كما أن السجين وإن كان يتمتع قانونًا بالإرادة الحرة إلا أنه لا يملك الأهلية الكاملة[٢] فالسجن يعد في حد ذاته سببًا في نقصان إرادة السجين الحرة[٣] كما أن الحالة النفسية التي تصاحبه داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته، ومن ثم فلا يملك حرية التصرف في جسمه.

وهذا ما أكده المشروع المقدم إلى المؤتمر الدولي الثالث لحياد الطب[٤] والخاص بمشروعية نقل وزراعة الأعضاء في زمن الحرب حيث منع منعًا مطلقًا استئصال الأعضاء من الأشخاص المحبوسين أو الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية أو معادية، لمصلحة رعاياها أو الموالين لها، كما حظر استئصال أي عضو من شخص مسلوب الحرية خاضع للتمييز العنصري أو خاضع – في زمن الحرب أو في حالة نزاع – لسيطرة قوة أجنبية أو معادية[٥].

---

(١) ولا تزال التجارب الفظيعة التي ارتكبت في مراكز التعذيب في ألمانيا النازية في الذاكرة، كما أنه يخشى في حالة وقوع نزاع ما أن يؤدي زرع الأعضاء إلى قيام بعض القوى التي تحتجز الجرحى والأسرى بإنشاء بنوك ضخمة للأعضاء البشرية.

ينظر: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣٢٢ وما بعدها.

وهذا ما دفع البروفسور Warner Forrsmann الحائز على جائزة نوبل في الطب عام ١٩٦٥م إلى انتقاد زميله الدكتور Barnard، مذكرًا إياه بأن المحكمة العسكرية لنورمبرج قد قضت بعقوبة الإعدام على البروفسور Kárl Bebhard لاقترافه جرائم ضد الإنسانية بسبب استخدام عظام ورباط عظم لمساجين في صحة جيدة، من أجل إجراء تجارب ونقل وزرع الأعضاء، دون موافقة ذوي الشأن.

مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٧٦، هامش ٣.

(٢) حيث تنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات المصري على أن "كل من حكم عليه بعقوبة جنائية لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة اعتقاله ولا أن يتصرف فيها إلا بإذن من المحكمة المدنية التابع لها موطنه".

ينظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية – الجزء الثاني الحق – د/ عبد الحي حجازي، ط ١٩٧٠م. بند رقم ٤٨٦، صـ٤٤٥.

(3) Dicrkens: Les droits sur les crops et le cadaver de j.homme 1966, No. 197.

مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٧٨

(٤) المؤتمر الدولي الثالث لحيادية الطب الذي عقد في روما في شهر أبريل ١٩٦٨م.

(5) Doll: La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain, 1970, No. 5, p. 74.

مشار إليه: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٣٢٣.

إلا أن هناك من يرى[1] أنه لا مانع من السماح للمحكوم عليهم من الخضوع لاقتطاع الأعضاء لإنقاذ أحد أفراد عائلاتهم، فيجب أن نعطيهم فرصة لإمكانية التكفير معنويًا أو إمكانية إصلاح أنفسهم شخصيًا من خلال شعورهم بفائدتهم الاجتماعية.

ولا سيما في ظل الحظر الكبير فيما يخص حرية قرار المحكوم عليه بحيث يجب ألا يكون سبب الموافقة أي وعد أو تهديد وهو ما أكده البعض[2] بقوله "يجب أن نرفض كليًا أي تعويض مهما كانت طبيعته كمنح حرية مسبقة أو تخصيص مزايا معينة أو تعويض مادي".

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه قولهم:

بأن المحكوم عليه هو في الواقع كائن بشري، ورغم حرمانه من الحرية إلا أن شعور الطيبة والمحبة والكرم يمكن أن تدفعه للتبرع بأحد أعضائه، ومن جهة أخرى، تتوافق سياسة الإصلاح الاجتماعي مع وجهة النظر القائلة بأن هدف العقوبة حاليًا هو إعادة إدماج مرتكب الجنحة مع المجتمع[3].

ثالثاً: أهليـــة المعطـــي لإبداء الرضا

إن الأهلية شرط مهم جدًا وأساسي للسماح للشخص بالتبرع بأعضائه وتخلف الأهلية من شأنه أن يؤثر على إعطاء الرضا الحر الصريح[4] إذ يجب أن يكون الرضا صادراً من شخص بالغ عاقل سليم[5]، وبالتالي فإنه إذا كان لا يسمح للشخص التبرع بأعضائه إلا إذا توافرت فيه الأهلية، فما حكم الرضا الصادر من عديم الأهلية أو القاصر.

---

(١) د/ أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، صـ٣٢٣.

(2) Disrkens: Op. Cit. p. 127.

(٣) وقد سبق وأن وافق وزير العدل الفرنسي لأحد الموقوفين الذي كان يبلغ من العمر ٣٢ سنة وكان محكومًا عليه بعشرين سنة سجن مع الأشغال الشاقة بالتخلي عن كليته لشقيقه الحي الذي كان يعاني من الفشل الكلوي ولكن الفحوصات الطبية حالت دون ذلك نظرًا لعدم التوافق بينهم، ويمكن السماح للمحكوم عليه في نظر هذا الرأي بالتبرع بأعضائهم استنادًا إلى قانون ٢٩ تموز ١٩٩٤م الذي ينص على عدم إمكانية اقتطاع الأعضاء إلا ضمن الفائدة العلاجية المباشرة للمستفيد الذي لا يمكن أن يكون إلا قريبًا للمتبرع: أب أو أم، ابن أو بنت، أخ أو أخت، ينظر: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣٢٣.

(4) Baudouin (J.L.): L'expérimentation sur les humains, Op. Cit. p. 188.

(٥) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ١٢٤.

١- عديم الأهلية:

إن الشخص عديم الأهلية هو الشخص الذي تقلصت أهليته القانونية قضائيًا أو ألغيت بسبب تلف ملكاته العقلية أو الجسدية، وهذا الشخص لا يمكن اقتطاع أحد أعضائه نظرًا لأنه لا يدرك ما يحدث له فهو جدير بالحماية القانونية[١]، واقتطاع أحد أعضائه هو خطر على مستقبله سواء كان ذلك جسديًا أو نفسيًا وهذا الأمر سيسبب له صدمة بدون أدنى شك حيث إن الراشد عديم الأهلية بسبب حالته الصحية هو شخص بحاجة إلى الحماية أكثر من القاصر[٢].

والذي يظهر جليًا أنه عند مناقشة الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ الفرنسي لهذا الأمر ظهرت رغبة المشرع باستبعاد إمكانية اقتطاع الأعضاء من الراشدين عديمي الأهلية بشكل عام، وبذلك فالراشد الموجود تحت القوامة استنادًا للمادة ١ — ٨٠٥ من القانون المدني هو أيضًا عديم الأهلية[٣].

ومما يؤكد اتجاه القانون الفرنسي إلى منع عديم الأهلية من التبرع بأعضائه نصوص قانون Caillavet والقانون رقم ٦٥٤بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٩٤م والتي تمنع هذا الاقتطاع من جسم عديم الأهلية من أجل التبرع[٤].

---

(١) وقد وضع المشرع الفرنسي ثلاثة أنظمة لحماية عديمي الأهلية البالغين وهي: الوضع تحت الرعاية. ونظام الوصاية، ونظام القوامة، وكلها أمور تتعلق بحماية عديمي الأهلية من ناحية ذمتهم المالية. في حين أنه وعلى حد تعبير البعض: " لم يعبأ — فيما عدا إشارات محدودة جدا— بتحديد كيفية الحصول على الرضا بالعلاج الذي يتحمله المريض، أو بيان الجهة أو الشخص المؤهل لإصدار هذا الرضا". راجع في ذلك: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية "دراسة مقارنة" د/ جابر محجوب علي، دار النهضة، صـ٤٤ وما بعدها، وراجع الضمانات الخاصة بعديمي الأهلية، ووسائل حمايتهم في القانون المصري (القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤١م) المسئولية المدنية للأطباء، د/ محمد عادل عبدالرحمن. رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٦م، صـ٢٢٥، وما بعدها.

(2) B. DUBO: Op. Cit., 1978, p. 62.

(٣) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣١٢.

(٤) عمليات نقل وزرع الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٣٥.

وعلى خلاف ذلك نجد أن القانون الأمريكي يجيز اقتطاع الأعضاء من عديمي الأهلية[1] وأن هناك أحكامًا للقضاء أجازت ذلك منها حكم محكمة كنتاكي ١٩٦٩م[2].

وتتلخص الوقائع أن شخصًا أصيب بفشل كلوي مزمن وقاتل، وتبين للأطباء — لاعتبارات معملية وطبية — أن شقيقه البالغ من العمر ٢٧ عامًا هو الوحيد بين أفراد الأسرة الذي يمكن نقل إحدى كليته دون أن يمثل ذلك خطورة على صحته أو حياته، ومع ذلك رفض الأطباء طلبًا للأم بإجراء العملية على أساس أن الشاب السليم كان يعاني مرضًا عقليًا أعدمه القدرة على الاختيار، إذ قدر عمره العقلي بست سنوات، ولجأت الأم لمحكمة الولاية (كنتاكي) للحصول على إذن من القضاء بنقل إحدى كليتي ابنها المصاب بمرض عقلي إلى شقيقه الذي يعاني من فشل كلوي يهدده بموت حقيقي.

وأجابت المحكمة الأم إلى طلبها، وجاء في مسوغات حكمها: أن التنازل عن عضو من أعضاء الجسم لا يكون مشروعًا إلا مع كامل حرية الاختيار، وبالنسبة للشخص عديم التمييز فإن رعايته لا تقتصر على مراقبة مصالحه المالية وممتلكاته من جانب المحكمة، وإنما تمتد هذه الرعاية إلى كافة العناصر الأخرى التي ترى فيها المحكمة مصلحته وتحقق له الاستقرار والسلام النفسي أو العاطفي[3].

---

(١) حيث يجيز تشرعي ولاية تكساس الصادر ١٩٧٩م نقل الكلى من الأشخاص المصابين بأمراض عقلية، واشترط لذلك: موافقة الولي الشرعي، وألا يقل سن المعطي عن ١٢ عامًا، وأن يكون المتلقي من أسرة المعطي وهم: الوالدان، الأخ الأخت، الابن، الابنة، مع تبصير المعطي تبصيرًا كافيًا بالنظر إلى حالته العقلية، وإثبات المصلحة المؤكدة للمتلقي وأنه مهدد بالموت، وأن يقتصر المنح على الكلى دون سائر الأعضاء الأخرى، وضمان الحد الأدنى من المخاطر، وأن يكون نقل الكلى هو الحل الطبي الوحيد لإنقاذ المريض وأن يخضع هذا الإذن لرقابة القضاء، وتقره المحكمة خلال سبعة أيام من وقت عرض الأمر عليها.

(Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. Art. 4590. 2A – 1979).

كما أجاز تشريع ولاية ميشجان نقل الكلى من القصر أو من مرضى الأمراض العقلية وحدد سن ١٤ عامًا كحد أدنى للتبرع (١٩٧٤ (١٩B) (Mich. Stat. Ann. ٢٧. ٣١٧٨).

كما سمح تشريع ولاية كلورادو الصادر ١٩٧٥م بنقل الكلى بالنسبة للقصر ومن في حكمهم.

Colo. Rev. Stat. 27 – 105 – 130 – (1970).

راجع هذه التشريعات: حق المريض في قبول أو رفض العلاج دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، صـ١٣١.

(2) Struk V. Struk, 445.S.W.2d. 145 "Ky.1969".

مشار إليه في: عمليان نقل وزرع الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٣٧.

(3) "... Not only property but also to include those factors which affected the well – Bing of the incompetent".

مشار إليه في: حق المريض في قبول أو رفض العلاج د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، صـ١٢٨.

وأضافت المحكمة بأنه يتعين البحث عما كان سيقوم به مكتمل الأهلية لو وضع في ظروف هذا الشخص عديم التمييز، وأشارت إلى أن حكمها بإجراء العملية إنما يقوم مقام إرادة عديم التمييز، خاصة وأنه ليس هناك أية مخاطر محتملة بالنسبة للمعطي.

وبذلك يكون القضاء الأمريكي قد أقام الحكم مقام القبول الصادر من الشخص عديم الأهلية.

٢- القصّر

القاصر هو الشخص الذي لا يستطيع أن يمارس حقوقه القانونية بنفسه وإنما من خلال والديه أو وصيه وذلك حماية لمصالحه، ويعتبر الرضا الصادر من القاصر في مجال نقل الأعضاء رضاء معيباً ولا يعتد به[١]، وإذا أردنا أن نتعرف على إمكانية الاعتداد بالرضا الصادر من المعطي القاصر فإننا سوف نعرض لهذا الأمر من خلال التعرض لنموذجين: النموذج الأمريكي والنموذج الفرنسي.

أ – في الولايات المتحدة الأمريكية:

تجيز تشريعات بعض الولايات المتحدة الأمريكية للقصّر التبرع بالدم بغير إذن الوالدين[٢] كما تجيز التبرع ببعض الأعضاء[٣] كما لم تشترط المحكمة العليا لولاية Massachusettes موافقة الولي بل اكتفت بالرضا الصادر من القاصر – الذي لم يبلغ إلا ١٤ سنة – باستئصال إحدى كليته، وقالت في تبرير ذلك أن إجراء عملية نقل وزرع الكلية كان لمصلحة كل من المعطي والمريض، لأن عدم إجراء هذه العملية سيؤدي حتمًا إلى وفاة المريض، وذلك من شأنه أن يحدث صدمة نفسية وعصبية شديدة للمعطي القاصر، لأنه قد أعطى موافقته باستئصال إحدى كليته لزرعها في جسد المريض إنقاذًا لحياته، فقبول المعطي بالاستئصال أنقذه من الحالة النفسية الخطيرة التي كان سيتعرض

---

(١) نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، د/ طارق سرور، صـ٢٠١.

(٢) ومن هذه التشريعات:

Ariz. Rev. Stat – ANN – 44 – 132 "1962".
Ark. Stat. ANN – 82 – 1606 "1927".
Colo. Rev. Stat. 13 – 22 – 103 "1979".

مشار إليه / حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي صـ١٣١ هامش (١).

(٣) ومنها تشريع ولاية تكساس الصادر عام ١٩٧٩م والخاص بنقل الكلى وتشريع ولاية ميشجان الصادر عام ١٩٧٤م، والخاص بنقل الكلى من القصر وحدد السن بـ ١٤ عام كحد أدنى للتبرع وتشرع ولاية كلورادو الصادر عام ١٩٧٥م، بنقل الكلى بالنسبة للقصر ومن في حكمهم.

لها، كما أن إجراء هذه العملية كان لمصلحة المريض لأنه أدى إلى إنقاذ حياته من موت محقق[1].

وعلى نفس المنهج صار حكم محكمة كولورادو عام ١٩٧٢م في قضية هارت ضد براون[2] وعللت الحكم بالمصلحة المؤكدة.

كما تبعتها محكمة تكساس العليا في حكم لها عام ١٩٧٩م[3].

غير أن القضاء الأمريكي قد تعرض للعديد من الانتقادات بسبب هذا المسلك لأنه من الصعب الاعتداد بالرضاء الصادر من القاصر الذي يبلغ ١٤ عامًا، لأنه في هذا السن لا يبلغ التمييز والنضج الكافي لإدراك وفهم جميع النتائج، والاحتمالات التي تترتب على استئصال إحدى كليتيه[4].

---

(١) Meyers (D.): The-Human Body and the Law, Edinburgh University Press. 1970, p. 123.
مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ٧٩، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٤٦٠.

(٢) وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن طفلة عمرها ٨ سنوات أصيبت بمرض في الكليتين، وأشار الأطباء بسرعة نقل إحدى كليتي شقيقتها التوأم "Twin" حفاظًا على حياتها ورفض أطباء المستشفى إجراء الجراحة، رغم موافقة الوالدين والأخت، وعند رفع الأمر إلى محكمة كولورادوا أقرت بتقدم الأخت لإعطاء شقيقتها إحدى كليتها السليمتين، وأمرت بإجراء العملية على وجه السرعة.
وعللت حكمها بأنه "للوالدين الموافقة على نقل الكلى إذ إن ذلك سيحقق مصلحة مؤكدة للمتلقي القاصر بالنظر إلى الأضرار البسيطة التي قد تحيق بالمعطي، وأن الحفاظ على الترابط الأسري والألفة بين الأختين يشكل في ذاته مصلحة مؤكدة حتى بالنسبة للأخت التي لا تعاني أية متاعب صحية".
Hart V. Brown 29 Comm. Supp. 368, 289, A. 2d 386, "1972".
مشار إليه: عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٣٨.

(٣) وتتلخص وقائع هذا الحكم فيما حكمت به محكمة أول درجة برفض نقل كلية طفلة عمرها ١٤ عامًا إلى شقيقها القاصر الذي يعاني من مرض بالكليتين بالإضافة إلى إصابته بمرض عقلي وقد استندت المحكمة في ذلك إلى أن السوابق القضائية تجيز نقل الأعضاء من المصابين بأمراض عقلية ولا تجيز الصورة العكسية، أي من شخص عاقل إلى آخر مصاب بمرض عقلي.
وبعرض الأمر على محكمة تكساس العليا أجازت نقل الكلية من الطفلة إلى شقيقها المريض وجاء في مسوغات حكمها:
"أن المحكمة استبان لها عمق الصلة الوجدانية والنفسية Emotionally and Psychologically — بين الطفلة وشقيقها، وإصابتها بمرض نفسي خلال تواجد شقيقها في المستشفى لتلقي العلاج، وأن حرمانها من هذا العمل (التبرع) — رغم ما أبدته من تعاطف — سيؤدي حتمًا إلى إصابتها بالإحباط مع شعور دائم بالذنب وهو ما أوضحه تقرير الطبيب النفسي المقدم للمحكمة.
راجع: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي صـ١٣٠.

(٤) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء/ حسام الأهواني، بند رقم (٧٧) صـ١١٨.

كما أن فكرة العلاج النفسي التي استند إليها هذا القضاء للاعتداد بالرضا الصادر من القاصر، لا تصلح لتبرير عمليات نقل الأعضاء[1]، لأن التناسب لا يتوافر بين الصدمة النفسية ووسيلة العلاج المستخدمة، فاحتمال حدوث صدمة نفسية للمعطي لا يعالج باستئصال عضو من أعضاء جسمه، فالمقارنة هنا تمت بالنسبة لشخص واحد فقط هو المعطي[2]، وأنه من العسير تبرير هذه العمليات بالقواعد العامة للعقد الطبي، لأنه إذا كان من الضروري – وفقاً لقواعد العقد الطبي – توافر علاقة صحيحة ومبررة بين الوسيلة المستخدمة والهدف العلاجي، فإنه يجب التحقق من توافر هذه العلاقة بالنسبة لكل من المعطي والمريض[3].

ب– في فرنسا:

المتفق عليه لدى الفقه الفرنسي[4] أنه لا يمكن الاعتداد بالرضا الصادر من القاصر لاستئصال جزء من جسمه، لأن هذا الاستئصال لا ينطوي على أي منفعة علاجية له، بل على العكس من ذلك فإنه قد يمثل مصدر خطر كبير يهدد حياته، ولذا منع المشرع، كأصل عام، أن يكون المعطي قاصراً، أو شخصاً ناقص الأهلية[5].

فالرضا باستئصال جزء من الجسم لا يجب أن يصدر إلا عن شخص على قدر من الإدراك والتمييز[6]، فإذا لم يكن كذلك، فلا يملك أحد بأي حال من الأحوال النيابة عنه في هذا المجال، ولهذا فلا يملك الوالدان سلطة التصرف في جسم القاصر حتى ولو لم

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٧٩.

(٢) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني بند رقم ٧٧ صـ١١٨ وما بعدها.

(٣) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٧٩.

(4) Doll: Op. Cit., No. 5., Kornprobst (L.): Du consentement aux prélevements et transplantations de Tissuesou organes humaines, colloque de Magistrats Résistants, Paris, 1969, p.184.

مشار إليهم: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٨٠.

وينظر أيضًا في الفقه الفرنسي J Savatier: زرع الأعضاء أمام القانون (Cah. Zainnec) العدد الأول ١٩٦٦م.

مشار إليه: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٣١٣.

(٥) الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/ جابر محجوب علي، صـ٣٦.

(٦) وهذا ما أكده مؤتمر بيروجياالمنعقد بإيطاليا عام ١٩٦٩م في توصياته التي جاء فيها "أن موافقة الواهب يجب أن تكون حرة وشخصية ومعطاة بشكل صحيح من قبل إنسان متمتع بكامل الأهلية".

مشار إليه: المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/ رياض الخاني، صـ٢٧.

يترتب على هذا التصرف خطر جسيم[1] لأن السلطة المعترف بها للوالدين (الولي) إنما تهدف إلى حماية القاصر ومراعاة مصلحته[2].

وهذا ما دفع الفقيه Savatier[3] إلى القول: "... أعتقد أنه من الأفضل رفض عروض الاقتطاع المنبعثة من متبرع قاصر حتى مع الحصول على موافقة وليه الشرعي".

وبالنسبة لمسلك المشرع الفرنسي في هذا الشأن فنتعرف عليه من خلال القانون رقم ١١٨١ الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٩م. وقانون الصحة العام رقم ٦٧١ الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤م.

أ - القانون رقم ١١٨١ لسنة ١٩٧٦م[4]:

نص هذا القانون في الفقرة الثانية من المادة الأولى على أنه "إذا كان المتبرع المحتمل قاصرًا فلا يمكن اقتطاع أعضائه إلا إذا تعلق بأخ أو أخت للمستفيد، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يمارس الاقتطاع إلا مع الحصول على موافقة وليه الشرعي وبعد الحصول على ترخيص من قبل لجنة مؤلفة من ثلاثة خبراء على الأقل تشمل طبيبين ويجب أن يثبت الأول ممارسته مهنة الطب لمدة عشرين سنة، وإذا كان يمكن الحصول على رأي القاصر فإنه يجب دائمًا احترام رفضه بإجراء أي اقتطاع منه"[5].

وقد تضمن هذا النص مجموعة من الضمانات والشروط لإمكان استئصال عضو من جسم القاصر وهي:

١- تنازل المعطي القاصر عن جزء من جسمه لا يكون إلا لعلاج شقيقه أو شقيقته.

٢- موافقة الولي الشرعي[6].

---

(١) Decocq. (A): Essai d'une théorie générale des droits sur la personne. Thése Paris 1957, No. 349, p. 232.

(٢) ينظر: المادة ٣٧١ / ٩ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) J. Savatier: زرع الأعضاء أمام القانون، Cah. Laînnec، العدد الأول ١٩٩٦م، مشار إليه: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ٣١٣.

(٤) القانون رقم ١١٨١ الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م والموضح بالمرسوم ٥٠١ الصادر في ٣١ مارس ١٩٧٨م.

(٥) ينظر: عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ١٣٥.

(٦) والولي الشرعي هو المدافع الطبيعي عن الطفل ويشمل هذا التعبير أيضًا الأب أو الأم أو الحارس القضائي كالوصي، وموافقة الولي الشرعي ضرورية ويجب أن تكون معطاة عن معرفة كاملة بكل الأخطار، وكل نتائج الاقتطاع، فيجب إعلام الولي كما لو كان اقتطاع الأعضاء يتعلق بجسمه الخاص (المادة الثالثة من مرسوم رقم (٥٠١) في ٣١ مارس ١٩٧٨م)، ويجب أن يتم التعبير عن الموافقة أمام رئيس محكمة البداية المدنية وأن يتم بشكل مكتوب ويجب أن يوقع عليه القاضي والولي الشرعي للطفل (المادة الرابعة من مرسوم ٣١ مارس لسنة ١٩٧٨م) ينظر: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣١٦، وما بعدها، والرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/ جابر محجوب علي، صـ٣٦، ٣٧.

٣- موافقة لجنة الخبراء:

وهذه اللجنة مهمة جدًا لأنها من المفروض أنها لجنة محايدة تتضمن بجوار موافقة القاصر وموافقة أبويه موافقة لجنة من الحكماء يفترض أنها تتمتع بالحياد الكامل(١).

وهذه اللجنة لا تتدخل إلا إذا أعطى الأبوين موافقتهم على اقتطاع الأعضاء(٢).

وقد ميز مرسوم ٣١ مارس ١٩٨٧م تشكيل هذه اللجنة تبعًا لطبيعة العضو المراد اقتطاعه فإذا وقع الاقتطاع على أنسجة متجددة كاقتطاع الجلد فنص على: "يعين والي الإقليم لكل عملية اقتطاع ثلاثة خبراء ويجب اختيار طبيبين من القائمة الإقليمية التي ينشئها المجلس الوطني لنقابة الأطباء"(٣).

أما إذا وقع الاقتطاع على عضو غير متجدد كالكلية أو الكبد فنص على:

"يعين الوزير المكلف بالصحة خبراء بعدد مفرد ويجب أن يوجد بينهم طبيبين(٤) يتم اختيارهم من القائمة التي ينشئها المجلس الوطني لنقابة الأطباء"(٥).

وينبغي أن نلاحظ أن تشكيل هذه اللجنة ليس محدداً بعددٍ معين كل ما هنالك أنه يجب أن يكون عدد فردي، فليس هناك ما يمنع من أن تشكل هذه اللجنة من ٥ — أو ٧ أشخاص ويتاح أن يكون من بينهم رجال قانون أو دين أو أطباء آخرين(٦).

عمل لجنة الخبراء:

تقوم هذه اللجنة بفحص كل الأمور المتعلقة باقتطاع العضو من حيث مدى الضرر الذي يمكن أن يصيب المتبرع سواء كان صحي أو نفسي كما تقوم بكافة التحريات وبكل

---

(١) P. Jestaz: اقتطاع الأعضاء، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٧م، صـ١٩٩.

(٢) حيث تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م على أنه: "يتم حجز اللجنة من قبل الممثل الشرعي بعد الحصول على موافقته بشكل مسبق استنادًا للشروط المنصوص عليها في المادة الرابعة" ذكرت في قانون الصحة العامة صـ١١٤٤.

(٣) الفقرة الثانية من المادة الخامسة من المرسوم السابق.

(٤) ولا يمكن أبدًا أن يكون هذان الطبيبان من بين الأطباء الذين يعالجون المتبرع أو المستفيد، (الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من المرسوم السابق)، وفي جميع الأحوال يجب أن يبرر أحد هذين الطبيبين ممارسته مهنة الطب لمدة عشرين سنة (الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم السابق).

(٥) الفقرة الأولى من المادة الخامسة من المرسوم السابق.

(٦) وهذا ما اقترحه د/ أحمد عبد الدايم في رسالته — أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني — حيث اقترح أن تشكل اللجنة بشكل خاص لاقتطاع الأعضاء غير المتجددة من ٥ أو ٧ من الأشخاص وتكون مفتوحة للأشخاص السابق ذكرهم صـ٣١٨.

الاستشارات التي تعتقد أنها قد توضح لها قرارها[1] وسماع الطبيب المسئول عن تنفيذ الاقتطاع[2] وكذلك أحد الأبوين الذي لا يمارس السلطة الأبوية[3].

كما تقوم بسماع القاصر نفسه إذا كان قادرًا على التعبير عن إرادته، فتباشر اللجنة أو تنظيم الاستماع إليه مع مراعاة حساسيته كما تستطيع إخضاع القاصر لأي فحص مفيد[4].

وعند استيفاء اللجنة جميع الأمور السابقة فإنها استنادًا إلى المادة السابعة من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م فإنها تتشاور بحضور كافة أعضائها وتأخذ قرارها بأكثرية الأصوات، ويجب أن تبلغ قرارها إلى الولي الشرعي للقاصر[5].

ويجب أن يكون قرارها معللاً إذا وافقت على اقتطاع الأعضاء أما إذا رفضت الاقتطاع فلا تعلل هذا الرفض[6].

٤- موافقة القاصر:

الواقع أنه لم يشترط القانون صراحة موافقة القاصر على التبرع على الرغم من أن مشروع هذا القانون والذي صوت عليه مجلس الشيوخ أثناء مناقشته للمرة الأولى قد طلب أن يتم الحصول على موافقة القاصر كلما كان ذلك مناسبًا، ولكن الجمعية الوطنية استبدلت ذلك بالنص الموجود والذي يقضي بأنه "إذا كان يمكن الحصول على رأي القاصر فيجب دائمًا احترام رفضه بإجراء أي اقتطاع منه"[7].

---

(١) الفقرة الخامسة من المادة السادسة من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م.

(٢) الفقرة الثالثة من المادة السادسة من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م.

(٣) الفقرة الرابعة من المادة السادسة من المرسوم السابق وهذا الأمر مفيد وجيد حيث إنه يجب استدعاء الزوج الذي لا يمارس السلطة الأبوية لإعطاء رأيه في هذا الموضوع.

(٤) الفقرة الثانية من المادة السادسة من المرسوم السابق.

(٥) الفقرة الثالثة من المادة السابعة من المرسوم السابق.

(٦) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣٢٠.

(٧) الفقرة الثانية من المادة الأولى من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م، وينظر: A. Raison: اقتطاع الأعضاء. تعليق على قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م، Journal Nataire، ١٩٧٧م، صـ٨٠. مشار إليه أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣١٥.

ولذا فإن المتاح في هذا الصدد هو استماع لجنة الخبراء للقاصر إذا كان قادرًا على التعبير عن نفسه ومدركًا للنتائج المترتبة على عملية الاستئصال[١].

فالنص يركز على الرفض وليس على الموافقة وهذا التوجه كان يجب أن يميل بشكل معاكس أي باتجاه موافقة القاصر وليس باتجاه رفضه لأن القاصر يستطيع أن يرفض ما يجب أن يوافق عليه ويمكن أن يكون سكوته فقط سكوت خضوع أو خوف، وكما أنه لا يمكن لأحد تزويج قاصر بدون موافقته فإنه لا يمكن اقتطاع أي عضو منه بدون أن يعطي موافقة واعية وقطعية بهذا الشأن[٢].

ب- قانون ٢٩ يوليو ١٩٩٤م، رقم ٦٧١ (قانون الصحة العامة):

مبدئيًا يمنع هذا القانون اقتطاع أعضاء القاصر من أجل التبرع، ومع ذلك فقد استثنى من ذلك حالة سمح فيها القانون باقتطاع النخاع العظمي من قاصر لمصلحة شقيقه أو شقيقته، فيجب أن يكون المتبرع إذًا أخًا أو أختًا للمستفيد[٣].

ومن خلال ذلك يمكن لنا أن نبين الشروط التي وضعها قانون ٢٩ يوليو لسنة ١٩٩٤م لاقتطاع الأعضاء من القاصر بأنها:

١- أن يكون العضو المراد اقتطاعه هو النخاع العظمي وبذلك يقتصر السماح على هذا العضو فقط.

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٨١، وينظر المادة الأولى من قانون الدانمرك رقم ٢٤٦ الصادر بتاريخ ٩ يونيه لسنة ١٩٦٧م على أنه "يصدر الرضا من كل شخص بلغ سن ٢١ سنة، وإذا وجدت أسباب خاصة، فإن التدخل الجراحي يمكن القيام به بناء على الرضا الصادر ممن هو أقل من ٢١ سنة بشرط موافقة الولي، أو الوصي على هذا الرضاء".
Rec. Inter. Légsanit, 1968, p. 803.

(٢) كلمة البروفسور J. HAMBURGER في ندوة ٨ مارس ١٩٦٩م، محضر صـ٦٩.
مشار إليها: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٣١٦.
وينبغي أن نلاحظ أنه من الملائم الإشارة إلى المادة ١ — ٣٨٨ من القانون المدني الناشئة عن القانون ٢٢ — ٩٣ الصادر في ٨ ديسمبر ١٩٩٣م (منشور بالجريدة الرسمية ٩ ديسمبر ١٩٩٣م) والتي تسمح عمومًا للقاصر القادر على التمييز أن يستمع إليه القاضي في أي إجراء يخصه، فيجب كلما دعت الحاجة تطبيق هذا النص الذي يتصف بالعمومية على اقتطاع الأعضاء غير المتجددة من القاصر، كما تنص المادة ٤٣ من أخلاقيات المهنة في فقرتها الثانية على أنه: " إذا كان عديم الأهلية قادراً على التعبير عن رأيه، فإن الطبيب يجب أن يعتد بهذا الرأي في أقصى الحدود الممكنة"، ينظر: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/جابر محجوب علي، صـ٦٧.

(٣) المادة ٤ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤م.

٢- أن يكون تبرع القاصر لصلحة شقيقه أو شقيقته، والحقيقة أن ذلك يثير مشكلة ما هو المقصود بالأخوة والأخوات الأشقاء وهل يدخل معًا الأخوة لأب (العصبيين) والأخوة لأم (الرحميين) ؟

وقد طُرح هذا السؤال سابقًا أثناء مناقشة الجمعية الوطنية للقانون للمرة الأولى وعندما لم يجد حلاً له سقط في طي النسيان[١]، ولكن يمكن لنا من خلال اهتمام المشرع من إجراء الاقتطاع وفقًا لحالات التوافق بين المتبرع والمستفيد، أن ينضم أيضًا الأخوة والأخوات من جهة الأب ومن جهة الأم ولنفس الأسباب التي قادت لإضافة الزوج إلى المستفيدين من التبرع[٢].

٣- موافقة الولي الشرعي، لا يمكن اقتطاع النخاع العظمي إلا بموافقة الولي الشرعي للقاصر أو كلا المتمتعين بالسلطة الأبوية فيجب إعلام الأب أو الأم أو الوصي، عندما يجب أن يتعرض الطفل لاقتطاع الأعضاء[٣] ويجب التعبير عن موافقتهم أمام رئيس محكمة البداية المدنية أو أمام القاضي المعين من قبله[٤] ويمكن في حالة الضرورة اتخاذ إجراءات طارئة تسمح بالحصول على موافقة أصحاب السلطة الأبوية أو الولي الشرعي وفي ذلك ينص القانون "في حالة الضرورة، يتم الحصول على الموافقة بكل الوسائل من قبل مدعي الجمهورية"[٥].

---

(١) J.F.MATTEL: الجلسة الأولى للجمعية الوطنية في ٢٤ نوفمبر ١٩٩٢م، ص١٣. مشار إليه: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، ص٣٢٠.

(٢) كما أن فرنسا قد وقعت على اتفاقية نيويورك المتعلقة بحقوق الطفل والتي تمنع أي تمييز بين الأطفال بسبب النسب (المادة الثانية) وتؤكد حق كل طفل بالتمتع بأفضل حالة صحية ممكنة (المادة الرابعة والعشرين) ولكي ينسجم القانون الفرنسي مع هذه الاتفاقية فإن مشروع القانون رقم ٢٥٣٠ يطرح مبدأ المساواة في الإرث بين الإخوة والأخوات الأشقاء، العصبيين والرحمين في المجال المالي، ولن يكون منسجمًا إذا لم يعالج المجال الشخصي بشكل مساوٍ مع المجال المالي كلما انصب الاقتطاع على عضو متجدد.

(٣) A.BATTEUR: من حماية الجسم إلى حماية الكائن البشري، الأشخاص غير الطبيعيين وقوانين ٢٩ يوليو ١٩٩٤م، Les Petites Affiches، العدد ١٤٩، ١٤ ديسمبر ١٩٩٤م، ص٣٢، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أخرج هذا العمل من دائرة تطبيق قرينة الرضاء المشترك بين الوالدين المنصوص عليه في المادة ٢/٣٧٢ من التقنيين المدني، واستلزم لإجرائه الحصول على رضاء كل واحد من الحائزين للسلطة الأبوية، أو على رضاء الممثل القانوني للقاصر، ينظر: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/جابر محجوب علي، ص٣٦.

(٤) المادة ل٥ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة.

(٥) الفقرة الثالثة من المادة السابعة.

٤- موافقة لجنة الخبراء، لا يجوز اقتطاع النخاع العظمي إلا بعد الحصول على ترخيص لجنة الخبراء بالإضافة إلى موافقة الولي الشرعي وهذه اللجنة يجب أن تضم ثلاثة أعضاء يعينون لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير الصحة ويجب أن تتضمن طبيبين أحدهما طبيب أطفال وشخص لا ينتمي إلى مهنة الطب والذي قد يكون أخصائيًا نفسيًا مثلاً[1].

٥- موافقة القاصر، لم يتضمن القانون شرط موافقة القاصر صراحة ولكنه ترك الأمر للقاضي فجعل له الحق في سماع القاصر إذا رأى ذلك مناسبًا أي على الأرجح إذا اعتبر أن القاصر قادرًا على التعبير عن رأيه، واشترط ضرورة حصول القاصر على المعلومات الضرورية للتعبير عن إرادته إذا كان مميزًا، ومن ناحية أخرى يشكل رفضه عقبة أمام اقتطاع الأعضاء[2].

رابعاً: أن يكون رضاء المعطي بدون مقابل

يجب أن يكون تنازل المعطي من عضو من أعضائه بدون مقابل[3] لأن تعليق المعطي رضائه بالاستقطاع من جسمه على قبض الثمن أمر يتعارض مع الكرامة الإنسانية(٤) لأن هذا الأمر يجب أن يقوم على غايات نبيلة بعيدة عن مجال الربح نظرًا لأن جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن تكون محلاً للمعاملات المالية والتجارية[5].

فيجب أن يكون الدافع إلى التنازل عن العضو هو الحب والتضامن الإنساني والتراحم والتضحية والإيثار[6]، ولذا فإنه ليس من المقبول أن يكون الدافع لدى المتبرع هو الربح أو المقابل المادي، فقد انتهت النظرة التي كان يعتبر فيها جسم الإنسان من قبيل الأشياء التي يمكن التصرف فيها[7].

---

(١) ويجب أن تقرر هذه اللجنة السبب الطبي لاقتطاع العضو، والخطر الذي يمكن أن ينتج عنه وكذلك النتائج المتوقعة له على الصعيد الجسدي والنفسي (المادة ل٦ - ٦٧١ من قانون الصحة العامة).

(٢) الفقرة الرابعة والخامسة من المادة ل٦ - ٦٧١ من قانون الصحة العامة.

(٣) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٨٢.

(٤) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، بند ٧١، صـ١٤٠.

(٥) راجع الفصل السابق، صـ ١٢٨ وما بعدها.

(٦) زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، د/ محمود علي السرطاوي، دراسات (الشريعة والقانون)، الجامعة الأردنية، عمان، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، أكتوبر ١٩٨٤م، صـ١٤١.

(٧) المدخل لدراسة العلوم القانونية، د/ عبد الحي حجازي، بند ٢٠٤، صـ١٩٨.

وقد أقر المشرع الفرنسي مبدأ التنازل بدون مقابل في القانون رقم ٨٥٤ الصادر في ٢١ يوليو ١٩٥٢م والخاص بنقل الدم[1] حيث لم يتعرض لبيع الدم أو الاتجار فيه، وإنما أشار إلى تعويض المعطي عما فقده من وقت أو من قوى نتيجة لتبرعه بدمه.

كما نص في القانون رقم ٩٤ – ٦٥٣ في المادة ١ – ١٦ على أن "جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته لا يمكن أن تكون محلاً لأية حقوق مالية"[2].

وينتج عن مبدأ عدم مالية جسم الإنسان ما تذكرنا به المادة ٥ – ١٦ من أن: "الاتفاقيات التي تهدف لإضفاء طابع مالي على جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته باطلة"

---

(١) وقد أدخل هذا القانون ضمن قانون الصحة العامة في الباب السادس المواد (من ٦٦٦ إلى ٦٧٧).
J.O. 22 Juillet, 1952, D. 1952, p. 269.
وتقرر المادة ٦٦٦ من قانون الصحة العامة أن الدم البشري ومشتقاته لا يمكن أن يستخدم إلا تحت رقابة طبية ولأغراض علاجية طبية وجراحية.
كما تحظر المادة ٦٧٣ من نفس القانون تحقيق أي كسب أو ربح يمكن الحصول عليه من عمليات نقل الدم.
راجع المرسوم رقم ٨٨ الصادر في ٢٤ يناير ١٩٥٣م..(J.O. ١١ Fevrier, ١٩٥٣)، والمعدل بالمرسوم الصادر في ١٥ نوفمبر ١٩٧٢م (J.O. ٢٢. Nov. ١٩٧٢)، والخاص بتحديد قائمة تركيبة الدم البشري لاستخدامه في الأغراض العلاجية.
مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، ص٨٣.

(٢) الفقرة الثالثة من المادة ١٦/١ من قانون رقم ٩٤ – ٦٥٣ الصادر بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٩٤م المتعلق باحترام جسم الإنسان، وهو نفس الأمر الذي سبق وأن أقره المشرع الفرنسي في القانون رقم ١١٨١ الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م والخاص بنقل وزرع الأعضاء فنص في المادة الثالثة منه على ضرورة أن يكون التنازل عن أعضاء الجسم بدون مقابل مالي". وقد أقر هذا المبدأ المشرع الإيطالي فنص في المادة الأولى من القانون رقم ٤٥٨ الصادر في ٢٦ يونيه ١٩٦٧م على ضرورة أن يكون تنازل المعطي عن كليته مجانًا، كما فرض في المادة السابعة من نفس القانون عقوبة الحبس والغرامة على كل شخص يقوم بالوساطة، بهدف الحصول على ربح أو مقابل نقدي، في المسائل الخاصة بالتبرع بالكلية.
وينظر نفس المعنى: المادة الأولى من القانون البرازيلي رقم ٥، ٤٩٧ الصادر في أغسطس ١٩٦٨م.
وقانون Ontario بكندا رقم ٢٨ الصادر في ٢٨ يوليو ١٩٧١م والذي يحظر في المادة العاشرة كل بيع أو شراء لعضو من أعضاء جسم الإنسان بغرض زرعه في جسد شخص آخر، أو التفاوض في هذا الخصوص بأي طريقة كانت مباشرة أو غير مباشرة، وكل اتفاق في هذا الشأن يعتبر غير مشروع ومخالف للنظام العام.
وقانون جنوب أفريقيا رقم ٢٤ الصادر في ٣ مارس ١٩٧٠م والذي يفرض في المادة ١/١٠ عقوبات جنائية على كل شخص يقدم لشخص آخر أي عضو من أعضاء جسم الإنسان في مقابل مالي سواء تعلق الأمر باستئصال عضو من جسد إنسان حي أو ميت.
والتشريع الجزائري قانون رقم ٨٥ – ٥. الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٤/١٦م والمعدل والمتمم بالقانون رقم ٨٨ – ١٥ الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٥/٣م، والذي أكد في المادة ١٦١ على أنه "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

وتطرح المادة ٧ — ١٦ نفس المبدأ فيما يتعلق بالاتفاقيات المتعلقة بالإنجاب أو الحمل لصالح الغير[1].

وفي إطار عدم مشروعية الاتجار بالأعضاء البشرية من خلال جعل العلاقة بين المتبرع والمريض قائمة على أساس التعاون والتكافل الاجتماعي وهو ما يستوجب أن يكون التنازل عن العضو المراد استقطاعه وزرعه بلا مقابل تأكيدًا لمشاعر الأخوة التي يجب أن تسود علاقات الأفراد فيما بينهم داخل المجتمع[2] ثم عقد عدة مؤتمرات دولية من أجل محاربة هذا النوع من التجارة وهذا ما صرحت به لجنة تعليمات جمعية نقل الأعضاء[3] من أن بيع أعضاء المتبرع الحي أو الميت غير مقبول مهما كانت الظروف.

كما تبنى المجلس الأوروبي هذا المبدأ بالقرار رقم ٢٩ — ١٩٧٨ بتاريخ ١١ مايو ١٩٧٨م والمتعلق بتنسيق تشريعات الدول الأعضاء فيما يتعلق باقتطاع وزرع مواد حيوية ذات أصل إنساني.[4] حيث نصت المادة التاسعة منه بوضوح على مجانية التبرع بالأعضاء إذ جاء فيها: "يجب أن يكون التنازل عن كل ما يتعلق بجوهر الإنسان مجانيًا".

ثم نظم المجلس الأوربي في ١٦ و ١٧ من شهر نوفمبر ١٩٨٧م مؤتمرًا لوزراء الصحة الأوربيين[5] بخصوص نقل الأعضاء وقد ذكر ضمن الفقرة المخصصة لعدم الاتجار بالأعضاء البشرية: "أنه لا يمكن التنازل عن أي عضو بشري تحت دوافع مادية سواء كان ذلك من قبل منظمة للمقايضة —بنك للأعضاء— أو أية مؤسسة أخرى أو من قبل الأفراد ...".

---

(١) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، ص٥١.
(٢) رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبد الكريم، ص٥٠٣.
(٣) تقرير عن النشاطات التي تمت تحت رعاية منظمة الصحة العالمية (O.M.C). راجع:
Recueil International de Législation Sanitaire, 1991, Vol. 42, P. 420 – 445, Rapport, P. 428.
(٤) حول تنسيق تشريعات الدول الأعضاء فيما يتعلق بالاقتطاع ونقل المواد الحيوية ذات الأصل البشري، المجلس الأوربي، لجنة الوزراء، القرار (٧٨) رقم ٢٩، ص١ — ٣. (توصيات وزارية في ١١ مايو ١٩٧٨م، ٢٠، الاجتماع السابع والثمانين لمندوبي الوزراء، ١، ١٦، ٥٠٢).
(٥) المجلس الأوربي، المؤتمر الثالث لوزراء الصحة الأوربيين، باريس ١٦، ١٧ نوفمبر ١٩٨٨م.

من جهة أخرى تبنت الجمعية الطبية العالمية عدة تصريحات[1] حول الاتجار بالأعضاء أدانت فيها جميعًا عملية الاتجار بالأعضاء البشرية ومنها:

عام ١٩٨٥م تبنت الجمعية الطبية العالمية تصريحاً أدانت به شراء وبيع الأعضاء القابلة للزرع، خاصة الكلى حيث أشار التصريح إلى العديد من الحالات التي تم فيها نقل هذه الأعضاء من الدول النامية إلى أوربا والولايات المتحدة[2].

عام ١٩٨٧م تبنت الجمعية تصريحاً جديدًا في مدريد بشهر أكتوبر، منعت فيه ضمن فقرتها الثامنة "شراء وبيع الأعضاء البشرية من أجل الزرع"[3].

عام ١٩٨٩م تبنت الجمعية في اجتماعها الثاني والأربعين بتاريخ ١٥ مايو، القرار رقم ٥ — ٤٢ WHA والذي منعت بموجبه كل بيع أو شراء للأعضاء البشرية، حيث تضمن النص الرئيسي، "منع استغلال البؤس والشقاء الإنساني خاصة لدى الأطفال والأقليات الأخرى الضعيفة وتشجيع تطبيق المبادئ الأخلاقية التي تستنكر شراء وبيع الأعضاء البشرية من أجل الزرع"[4].

عام ١٩٩١م تبنت الجمعية أيضًا في اجتماعها رقم ٤٣ نفس المبدأ السابق[5].

كما أوصى المؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي أوصى بتدخل المشرع في مختلف الدول لأجل تحريم كافة صور الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية مع وجوب اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة على المستوى المحلي أو الدولي لمنع نقل الأعضاء أو الأنسجة التي تم استئصالها من فئات محدودة الدخل[6].

---

(١) راجع هذه التصريحات: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ١٠٨، ١٠٩، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبد الكريم صـ٥٠٤، ٥٠٥.

(٢) معلومات عامة حول الجوانب التشريعية والسياسية لنقل الأعضاء. (منظمة الصحة العالمية، المجلس الأوربي).

(٣) زرع الأعضاء: التشريعات الفرنسية المتعلقة باقتطاع الأعضاء من شخص حي، أبريل، ١٩٨٨م.
Prélèvements d'organes, Bulletin de l'ordre des médecins, Avril. 1988, no 4, p. 2 – 4.

(٤) تقرير منظمة الصحة العالمية عام ١٩٩٢م:
Rapport de l'organisation Mondial de Santé, Recueil, Int. Légis, San. 1992, Vol. 42, p. 420 – 445.

(٥) راجع: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ١٠٩، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٥٠٥.

(6) Revue International de Droit Pénal, 1990, p. 90.

وبالنسبة للقانون المصري فقد أكد المشرع في القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م والخاص ببنك العيون على ضرورة أن يكون التنازل عن العين بدون مقابل، كذلك تنص المادة ١٨ من القرار الوزاري رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٦٣م الذي يضع اللائحة التنفيذية للقانون المذكور على أن إعطاء العين للأطباء لا يكون إلا بصفة مجانية[1].

وهذا الاتجاه من المشرع المصري يتفق مع أغلب التشريعات في العالم والتي تتجه إلى منع الاتجار بالأعضاء البشرية[2].

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٧٦.
وقد جاء في توصيات مؤتمر بيروجيا أن "هبة الأعضاء سواء من قبل إنسان حي إلى إنسان حي آخر، أو نقلها من الأموات إلى الأحياء، يجب ألا تكون بدافع الطمع، أو الربح، بل بدافع إنساني وبشكل مجاني".

(٢) راجع ضمن التشريعات العربية، القانون العربي الموحد لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حيث جاء في مادته السابعة ما يلي: "يحظر بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي منها، ويحظر على الطبيب الاختصاص إجراء العملية عند علمه بذلك. ينظر: رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبد الكريم، صـ٥٠٥.

المطلب الثاني

رضـــاء المريـــض

ضرورة الحصول على رضاء المريض:

إن المريض هو العنصر المهم في العقد الطبي إذ هو مناط العملية الطبية كلها ولصالحه يتم التدخل الجراحي في مجال عمليات نقل وزراعة الكبد ولذا فإنه يجب أن يحصل الطبيب على رضاء المريض في هذا المجال لما تنطوي عليه هذه العملية من مخاطر جسيمة، وهذا ما استقرت عليه غالبية آراء فقهاء القانون[1].

والحقيقة أن التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض بعد تبصيره وإفادته علمًا بمجموعة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية لغرض مساعدته على اتخاذ القرار الذي يراه مناسبًا بشأن حالته الصحية بإرادة حرة ومتبصرة هو إقرار طبيعي للتطور القانوني الذي لحق بالمجال الطبي[2] ولذا فإنه كي يتسنى لنا الوقوف على مدى ضمان الحصول على رضاء المريض أن نتناول ذلك الأمر في الفروع الآتية:

الفرع الأول: شكل الرضا وضرورته.

الفرع الثاني: خصائص الرضا.

---

(١) الأحكام العامة في قانون العقوبات، د/ السعيد مصطفى السعيد، صـ١٨٤، ، وشرح قانون العقوبات، القسم العام، د/ محمود نجيب حسني، صـ١٧٤، بند رقم ١٨٢، وأعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبدالدايم، صـ٢٤٩، وما بعده، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د/ مجدي حسن خليل، صـ١٣ وما بعدها، ، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/ جابر محجوب علي، صـ٤ وما بعدها.

(٢) رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبد الكريم، صـ٨٣.

الفرع الأول

شكل الرضا وضرورته

من المستقر عليه قانونًا أنه لا يجوز إجبار المريض على الخضوع للعلاج[1] فلابد إذن أن يتم رضاء المريض بالعلاج وقبل أن نوضح شكل هذا الرضا والذي يمكن التعبير عنه بكافة السبل نوضح أهمية وضرورة الحصول على رضاء المريض في مجال نقل الأعضاء ثم نوضح شكل هذا الرضا على النحو التالي:

أولاً: ضرورة الحصول على رضا المريض في مجال زرع الأعضاء.

إن رضا المريض في مجال الأعمال الطبية والجراحية بصفة عامة هو أمر غاية في الأهمية وينبغي أن نعرف أن رضاء المريض في هذه الحالة لا يؤثر في قيام جريمة الاعتداء على سلامة الجسم البشري إذا كان القصد منه إجراء التجارب الطبية[2] أما إذا كان

---

(١) حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، صـ١١.
كما أنه من المبادئ المستقرة في القانون الطبي ضرورة الحصول على رضاء المريض بمباشرة العلاج على جسمه وهو ما تقرره المادة السابعة فقرة أولى من قانون أخلاقيات مهنة الطب في فرنسا ١٩٧٩م والتي توصي ضرورة احترام إرادة المريض كلما أمكن.
"Code de Déontologie Médicale Ordre National des Médecins, 1979".
ولكن مع هذا يمكن للطبيب أن يتجاوز الحصول على رضاء المريض إذا كان المريض في حالة لا تمكنه من التعبير عن رضائه كما لو كان فاقدًا للوعي ولم يكن له ما يمثله قانونًا أو إذا توافرت حالة الضرورة بأن كان هناك خطرًا جسيمًا على وشك الوقوع يهدد حياة المريض أو صحته ولم يكن من سبيل إلى دفعه بغير التدخل الجراحي السريع، ولم تكن الظروف تسمح بأخذ رضاء المريض أو رضاء من يمثله قانونًا.
ينظر تفصيل ذلك: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٩٥ وما بعدها.

(٢) والتجارب الطبية التي يجريها الأطباء تنقسم إلى قسمين: تجارب علاجية وتجارب علمية أو فنية:
أولاً: التجارب العلاجية: وهي التي يلجأ إليها الأطباء للوصول إلى علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد الفنية والأصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج ناجح لها، ولا شك أن هذا النوع من التجارب له أهميته البالغة والقول بتجريمها يؤدي إلى جمود العلوم الطبية وركودها ويقضي على روح الابتكار لدى الأطباء والعلماء ويحرم المرضى من اكتشاف طرق علاجية جديدة.
ولهذه الاعتبارات أقر الفقه والقضاء بمشروعية هذا النوع من التجارب ولكن بتوافر شروط معينة هي: ضرورة الحصول على رضاء المريض بإجراء هذه التجارب وأن يكون رضائه حرًا وصريحًا وأن يكون هناك تناسبًا بين خطورة التجربة وإمكانية النجاح، وأن يكون الطبيب على درجة عالية من الكفاءة والخبرة الطبية. ينظر في ذلك:
مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الإبراشي، رسالة دكتوراه، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥١م، صـ٢٨٦، والمسئولية الطبية في قانون العقوبات، د/ محمد فائق الجوهري، رسالة دكتوراه، دار الجوهري للطبع والنشر، القاهرة، ١٩٥٦، صـ٣٠٢ وما بعدها، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ٩١ وما بعدها.

#

الهدف من إجراء الجراحة والاعتداء على سلامة الجسم هو علاج المريض فإنه لابد من الحصول على رضائه لأن رضاء المريض شرطًا ضروريًا لإباحة الأعمال الطبية التي تقع على الجسم، فمن المسلم به أن للمريض على جسمه حقوق مقدسة لا يجوز المساس بها بغير رضاه، وكل اعتداء على هذه الحقوق يوجب مسئولية مرتكبة متى كان في مقدوره الحصول على رضاء المريض أو رضاء من ينوب عنه قانونًا.

ويتعاظم دور رضاء المريض وضرورته في مجال زرع الأعضاء[1]، لأن عملية زرع الأعضاء من العمليات الخطيرة جدًا ولا يمكن قبول القول الذي يرى أن مجرد دخول المريض في المستشفى يعد رضاء مقدمًا بكل أنواع العلاج أو التدخل الجراحي التي يراها الطبيب لازمة لحالته الصحية[2].

ثانيًا: التجارب السلمية أو الفنية: وهي تلك التجارب التي تجرى على إنسان صحيح ومعاف أو على مريض ولكن دون الحاجة إليها، ولكن بهدف إشباع شهوة علمية أو إجراء تجارب بغرض البحث العملي والاكتشاف وهذا النوع هو بالتأكيد يعد خطأ من جانب الطبيب ويوجب قيام المسئولية المدنية والجنائية لانتفاء قصد العلاج والشفاء، ولا يعفي الطبيب من المسئولية في هذه الحالة رضاء المريض الذي أجريت عليه هذا النوع من التجارب لأن الرضاء ليس سببًا من أسباب الإباحة في الجرائم التي تمس جسم الإنسان حيث إن سلامته تعد من النظام العام وحمايته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع.

راجع في ذلك:

مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ وديع فرج، مجلة الحقوق والاقتصاد س١٢، صـ٤٣ وما بعدها، ومسئولية الأطباء، د/ حسن الإبراشي، صـ٢٨٦ وما بعدها، والمسئولية الطبية، د/ محمد فائق الجوهري، صـ٣٠٣ وما بعدها، وراجع لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٠٣م، الباب الرابع (إجراء التجارب والبحوث الطبية على الآدميين)، حيث نظم هذا الباب الأحكام الخاصة بإجراء البحوث والتجارب الطبية على الإنسان من المادة ٥٢ إلى المادة ٦١.

وينبغي أن نلاحظ أن الفقه الألماني قد ذهب إلى القول بمشروعية التجارب الطبية حتى ولو كان الغرض منها تحقيق فائدة علمية محضة سواء نجحت هذه التجارب أم فشلت، متى كانت متفقة مع قواعد الصحة وأصول الفن، ينظر:

Vonlist (F.) Traité de droit penal allemande, ed. 1911, TI, p. 226.

مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٩٣.

(١) حيث إن رضاء المريض بزرع عضو له يتضمن في الواقع موافقته كذلك على قبول تبرعه بهذا العضو، ينظر: المادة ٨/٢ من قانون جنوب أفريقيا رقم ٢٤ الصادر بتاريخ ١٣ مارس ١٩٧٠م.

(٢) حيث اعتبرت تشريعات بعض الولايات الأمريكية أن توقيع المريض على نموذج العلاج كاف بذاته لاستظهار إرادته بالنسبة لعناصر العمل الطبي، وما يكتنفه من مخاطر، ومن ثم لا يلتزم الطبيب بالحصول على رضاء المريض — لاحقًا — في كل مرحلة من مراحل العلاج اكتفاء بهذا القبول العام، ينظر: تشريعات ولايات فلادفيا وتكساس وواشنطن:

Fla – Stat – Ann – 286 – 46 "1975".
Tex – Civil – Stat – Ann – Art – 4590 "1979".
Wash – Rev – Code – Ann – 7 – 70 – 060 "1975"

#

فالجراح الذي يجري عملية زرع عضو لمريض دون الحصول على رضائه أو رضاء من يمثله قانونًا يرتكب خطأً جسيمًا يوجب مسئوليته، لأن المريض إنسان حر له حق في سلامة جسمه ولا يجوز المساس به إلا برضائه[1] وإغفال الجراح لهذا الحق المخول للمريض يترتب عليه ضرر أدبي يختلف عن الضرر المادي الذي ينشأ عن فشل العملية[2] ويوجب مسألة الجراح مدنيًا وجنائيًا.

مشار إليهم: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي، صـ٣٧، ولكن هذا الأمر لم يلق قبولا لدى القضاء.

– حيث قضت محكمة ولاية نيويورك عام ١٩٦٩م بأن:

"القبول العام لا يتحقق به الرضا المستنير في كافة الحالات خاصة في الجراحات الحرجة التي تشكل خطرًا على حياة المريض أو صحته، إذ أن مجرد القبول بكافة الإجراءات التي يتطلبها العلاج لا يعني قبول المريض بكافة المخاطر. ويتعين أن يصدر الإذن من المريض وهو عالم بحقيقة حالته و....... الأعمال وأوجه العلاج المطلوبة".

Darrah. V. Kite, 32, A.D. 2d, 208.

– كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا مسئولية على الطبيب المتخصص إذا لم يحصل على رضاء بالعلاج من مريض بعثه إليه طبيبه المعالج، استنادًا إلى أن مجرد الذهاب للطبيب المختص يعتبر رضاء بالعلاج الذي تخصص فيه.

Cass. 31 Oct. 1933, D.H. 1933, 507, Paris, 19 Mai, 1931, Gaf. Pal. 10 Fév. 1933.

وفي جميع الأحوال يجب على الطبيب باعتباره ممثلا للمستشفى التي يعمل بها الحصول على رضاء المريض قبل البدء في تنفيذ أي تدخل جراحي أو علاجي، ولمزيد من التفاصيل حول مسئولية إدارة المستشفى عن خطأ الطبيب، أو حول رضاء المريض ينظر:

مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وفي القضاء الكويتي والمصري والفرنسي، د/ أحمد شرف الدين ١٩٨٣م.

مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، د/ أحمد محمود إبراهيم سعد. رسالة دكتوراه، عين شمس ١٩٨٣م.

حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي.

مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د/ مجدي حسن خليل، دار النهضة ٢٠٠٠م.

الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، د/ جابر محجوب علي، دار النهضة، بدون طبعة.

رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، د/ مأمون عبد الكريم، طبعة ٢٠٠٦م.

(١) وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨) من لائحة آداب مهنة الطب بقولها: "لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانونا إذا لم يكن المريض أهلا لذلك، .... وفي حالات التدخل الجراحي أو شبه الجراحي يلزم الحصول على موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانونا كتابة إلا في دواعي إنقاذ الحياة".

(2) Lombois (J.C.): De l'infleuence de la santé sur l'existence des droits civils. Thése poitiers 1961, p. 124.

وهذا ما نص عليه الدستور المصري في مادة ٤٣ (لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر).

وهنا ينبغي التفرقة بين مسئولية الجراح في الحصول على رضاء المريض قبل إجراء عملية الزرع ومسئوليته الناتجة عن أخطائه المهنية، حيث إن كل منهما مستقل تمامًا عن الآخر لأن محل مسئولية الجراح الناتجة عن أخطائه المهنية هو جسم الإنسان وتكامله أما عدم حصول الجراح على رضاء المريض فهو شرط لمشروعية العمل ومن ثم فإذا تخلف يكون الطبيب مسئولاً عنه مسئولية عمدية[١] فإذا ما تم الحصول على رضاء المريض، وتم إعلامه بأخطار العملية بدون أي تدليس أو احتيال فإن هذا الرضا الحر والمتبصر يعفي الجراح من المسئولية والمخاطر الناجمة عن هذه العملية ولاسيما إذا كانت هذه المخاطر عادية ومتوقعة[٢].

وإذا كان لرضاء المريض أثره بالنسبة لمسئولية الجراح فإنه يكون لرفض المريض أثره أيضًا في تحديد مسئولية الجراح، إذ يُعفى من المسئولية إذا رفض المريض عملية الزرع[٣].

---

(١) مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الإبراشي، ، صـ٣١٠ وما بعدها، ومسئولية الأطباء والجراحين الجنائية، د/ محمود محمود مصطفى، مجلة القانون والاقتصاد، ص١٨، ١٩٤٨ صـ٢٨٦، بند٧.

وقد ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى أن عدم الحصول على رضاء المريض يصلح فقط أساسًا للتعويض المدني ولا يصلح أساسًا للمسئولية الجنائية، ما لم يقترن بخطأ آخر يكون سببًا في إحداث الضرر، فإذا أجرى الطبيب العملية الجراحية وفقًا للأصول والقواعد العلمية والفنية المتعارف عليها ولم يقع أي خطأ من جانبه فلا مسئولية عليه في ذلك مهما كانت النتائج الضارة المترتبة على عمله، لأنها لم تكن نتيجة لعدم رضاء المريض، أي لم تتوافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي حصل.

ينظر:

Cour d'appel de Paris, 12 mars 1931, s 1931 – 2 – 129 note, Perreau. Trib, Civ. Alger 17 Mars 1894. s1895 – 2 – 2237 – Cass. Réq. 28 Janvier 1942 – Gaf. Pal. 1942 – 1 – 171 – 4 mars 1974, Bull, Crim, 1974 – 1 – 63.

غير أن القول بعدم مسئولية الطبيب عن إجرائه العلاج بغير رضاء المريض من شأنه استبعاد رضاء المريض كشرط من شروط إباحة الأعمال الطبية والجراحية.

راجع في ذلك: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ١٠١.

(٢) المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/ رياض الخاني، بند ١٢ صـ٢٤.

(٣) وقد اعترفت تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية بحق المريض في رفض العلاج في الحدود التي يسمح بها القانون. راجع:

La declaration de l'Américan hospital association sur les droits de l'homme malade (the patient's Bill of Rights, 17 nov. 1972).

مشار إليه القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٠١.

#

ولكن هناك سؤال على درجة كبيرة من الأهمية وهو ما مدى مسئولية الطبيب في حالة رفض المريض عملية الزرع رغم أهميتها الملحة والضرورية له وخاصة وأن الطبيب هو الأقدر على تحديد درجة هذه الضرورة ؟.

الحقيقة أنه يجب هنا على الطبيب محاولة إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه من إجراء هذه العملية وحجم الضرر الذي يمكن أن يصيبه في حالة عدم إتمامها وأن يحاول تشجيعه على اتخاذ القرار السليم دون أي ضغط أو إكراه على إرادته، ولا مانع مطلقًا من تدخل الوالدين أو الأقارب المقربين لحمل المريض على اتخاذ قراره بالرفض أو القبول[1].

وإذا أصر المريض على رفضه فلكي يتخلص الطبيب من المسئولية فعليه إثبات رفضه كتابة بعدم إجراء هذه العملية رغم أهميتها الحيوية له[2].

ونخلص مما سبق إلى أنه لابد من توافر رضاء المريض في مجال نقل وزراعة الأعضاء ولكن هل يخضع هذا الرضا للاستثناء في حالة الضرورة، كما لو فقد المريض الوعي ولا سبيل لإنقاذه إلا بإجراء عملية زرع عضو له؟

في الحقيقة أنه من الصعوبة بمكان إخضاع عملية زرع ونقل الأعضاء لنظرية الضرورة لأن ذلك يؤدي إلى نتيجة شاذة وهي السماح للطبيب باستئصال جزء من جسم

كما أقرت الجمعية الطبية الأمريكية .A.M.A بحق الشخص في رفض إطالة حياته بالوسائل الصناعية وأن للطبيب إعمال إرادة المريض عندما يوجد دليل طبي – مسلم به – على اقتراب الموت البيولوجي.
راجع: .Medical World News ٢٨, ١٩٧٣
وأقرت المحاكم الأمريكية بحق المريض الميئوس من شفائه في اختيار الموت، استنادًا إلى الحق في الخصوصية وعلى حد تعبير قضاة محكمة ولاية نبراسكا "نحن نعتقد أن حق الشخص في الخصوصية يتيح له رفض العلاج، بالنسبة للمرض الميئوس من شفائه، دون أن يتعارض ذلك ومصلحة المجتمع.
Saikewicz, 373 Mass, 728, 370, N.E. 2d 417 "1977".
مشار إليه: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي صـ١٠٠.
وبالنسبة للتشريع الفرنسي فقد نصت المادة ٧ من قانون أخلاقيات مهنة الطب في فرنسا بأنه يجب دائمًا احترام إرادة المريض كلما أمكن ذلك.
وفي مصر نصت المادة (٣٦) من لائحة آداب مهنة الطب على أنه: "يحظر على الطبيب إهدار الحياة بدعوى الشفقة أو الرحمة".

(1) Charaf El Dine (A.), Op. Cit., No. 228, pp. 179 et 180.

(٢) ينظر نقض فرنسي في:

Cass. Civ. 22 Janv. 1976, B.C.I. No. 49.
Cass. Civ. 7 Nov. 1961, D. 1962 – 72.

أي شخص سليم عنوة لإنقاذ حياة شخص في خطر[1]، كما أن طبيعة عمليات نقل وزراعة الأعضاء لها طبيعتها الخاصة التي تتطلب إجراء الكثير من التحاليل المعملية والفنية وقياس درجة التوافق وكيفية التغلب على العقبات الفنية والطبية والتي تتمثل في ظاهرة رفض جسم الإنسان لبعض الأعضاء التي تزرع فيه، فالأمر يتعلق بمدى مطابقة البروتين وأجهزة المناعة والمضادات الحيوية في العضو المستأصل بتلك التي توجد في جسم المريض، فالأمر ليس بالسهولة ولا باليسر لأن هذه الأمور تحتاج إلى فترة ليست قصيرة.

ولكن مع كل هذا فهناك من يرى[2] أنه يمكن الاستغناء عن رضاء المريض في حالة نقل الأعضاء البشرية إذا وجد المعطي (المتبرع) وكانت حياة مريض خطيرة جدًا خطر حال وكان الهدف من العملية هو إنقاذ حياة المريض والذي وصل إلى حالة نفسية وجسدية لا تسمح له باتخاذ القرار المناسب في شأن قبول أو رفض العملية.

ثانياً: شكل رضاء المريض.

بداهة لما كان العقد الطبي هو من عقود الثقة، فإن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هي عدم إفراغ رضاء المريض في محرر مكتوب، وهل من المعقول أن يطالب الطبيب – الذي هو محل ثقة – مريضه بورقة مكتوبة يقر فيها برضائه بالعمل الطبي[3].

إلا أنه إذا تعلق الأمر ببعض الأعمال الطبية الخطيرة[4] فلابد أن يكون الرضا الصادر من المريض صريحاً ومكتوبًا، لأن الرضا ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق صـ١٠٣.

(٢) المظاهر القانونية لعمليات نقل زرع القلب، د/ رياض الخاني، المقالة السابقة بند ١٢، صـ٢٥.

وقد نصت المادة ٤ من القانون الإيطالي رقم ٤٥٨ الصادر بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٧م والخاص بزرع الكلية بين الأحياء، على أنه فيما عدا حالة الضرورة، لا يمكن زرع كلية مستأصلة قانونًا لمريض معين إلا بعد الحصول على موافقته.

إلا انه في جميع الأحوال فإن الإخلال برضا المريض يشكل خطأ مدنيًا أساسه إخلال الطبيب بالتزامات العقدية والقانونية، وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية من خلال جعلها العلاقة بين المريض والطبيب علاقة تعاقدية. راجع: نقض مدني: ٢٠ مايو ١٩٣٦م، داللواز – ١٩٣٦– ١.

(٣) مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د/ مجدي حسن خليل، صـ٧١.

(٤) ومن أمثلتها حالات بتر الأعضاء Prélévement d'organes وأمثالها من عمليات وأمراض خطيرة ولا شك أنه يندرج معنا عمليات نقل وزراعة الأعضاء وبالتالي فإنه يجب على الطبيب أن يتحرز بإعداد الدليل الكتابي على رضاء المريض بإجراء هذا العمل الجراحي.

راجع: مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، المرجع السابق، صـ٧٢.

النفس ولا سبيل إلى كشف هذه الإرادة وإظهارها في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة[1].

وفي مجال نقل وزراعة الأعضاء فإنه ينبغي أن يكون الرضاء الصادر من المريض أو من يمثله قانونًا ثابتًا بالكتابة[2] وأن يتم أمام شهود[3] نظرًا لأن هذا النوع من العمليات ينطوي على كثير من المخاطر والتي تستلزم مشاركة المريض مشاركة فعالة في اتخاذ القرار بإجراء هذا النوع من العمليات، ولا تتم هذه المشاركة إلا إذا اتخذ رضاء المريض شكلاً كتابيًا موقعًا عليه منه[4].

والقاعدة السائدة في المجال الطبي أن رضاء المريض يكون صريحاً إلا أنه استثناء يقبل الفقه والقضاء[5] الرضاء الضمني في حالة الأعمال الطبية البسيطة والشائعة، ففي مثل هذه الحالات يفترض أن الطبيب قد ارتضى بالتدخل الطبي البسيط، وفي القول بغير ذلك عرقلة لفعالية مهنة الطب، إذا ما اضطر الطبيب – حتى في حالة الإسعافات الأولية – أن يحصل على رضاء صريح من المريض[6].

وكذلك يمكن أن يُستدل على الرضا الضمني إذا كانت حالة المريض لا تسمح بأن يبدي رضاءً صريحاً أو ضمنياً ولا يوجد من يمثله قانونًا وتستدعي ظروفه الصحية التدخل الطبي السريع وهنا على الطبيب أن يقوم باستنتاج رضاء المريض من الظروف

---

(١) صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني، د/ عبد الهادي العطافي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، ١٩٧٤م، صـ٥٤ وما بعدها.

(2) Fred (J.) Smith (M.A. Oxam): Taylor's principles and practice of medical jurisprudence, Vol. I, 1920, p. 68.

مشار إليه في: رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، د/ حسني الجدع، صـ٩٧.

(3) Fourgroux, J.CH. et PY, J: A propos des greffes du cœur: garanties juridiques in dispensable pour les greffes d'organes, Gaz. Pal 1968, Doct 2 – 94, p. 85.

مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ١٠٤.

(٤) راجع المادة (٢٨) من لائحة آداب مهنة الطب في مصر مشار إليها سابقاً.

(٥) ينظر في الفقه: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون، دار النهضة ١٩٨٦م، صـ٢١، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د/ مجدي حسن خليل، صـ٧٣.

وفي القضاء: قضت محكمة ولاية Massachusetts الأمريكية بأنه لا يجوز للسيدة الادعاء بأنها لم توافق على التطعيم بعد أن انتظرت دورها، ومدت يدها للطبيب بإرادتها.

O'brien V. Curnard S.S. Co., 154, Mass. 272, 28 NE, 266, 1891.

وكذلك قضت محكمة استئناف ولاية جورجيا ١٩٧٩م ينظر حكمها في:

Winfrey V. Citizen Southern Natl Bank, 149 GA. APP. 488, 254, S.E. 2D 725.

مشار إليهم: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، صـ٣٩.

(٦) عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٢١.

والملابسات التي تحيط به والتي تحمل على الاعتقاد بأنه لو كان قادرًا على الإفصاح أو التعبير عن إرادته لأعلن عن رضائه بالعمل الطبي[1].

إلا أن الرضاء الضمني وإن كان مقبولاً في الأعمال الطبية البسيطة والشائعة، فهو غير مقبول على الإطلاق في العمليات الجراحية ذات الأثر التشويهي[2].

وكذلك في عمليات نقل وزرع الأعضاء حيث يجب أن يكون الرضا الصادر من المريض صريحاً ومحددًا[3].

وبذلك فإن شكل الرضا في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء لابد وأن يكون صريحاً لا ضمنيًا وأن يكون مكتوبًا لا شفهيًا.

ثالثاً: إثبات رضاء المريض

يقع عبء الإثبات وفقًا لأحكام القضاء الفرنسي[4] والأمريكي[5] والمصري[6] على عاتق المريض، حيث إنه على المريض أن يثبت أن الطبيب قد قام بالعلاج دون رضائه.

ولكن الفقه اختلف في هذا الشأن وانقسم إلى عدة اتجاهات في شأن إثبات رضاء المريض:

هناك من أيد أحكام القضاء ورأى أن المريض عليه أن يثبت أن الطبيب لم يحصل على رضاه قبل إجراء العملية[7].

---

(١) قانون العقوبات: القسم العام، د/ عوض محمد، بند (١٦٦) صـ١٩٧.

(٢) وذلك (كنزع رحم امرأة) راجع في ذلك:

Defol Jeanne Emerante, Le consentement du malade à l'acte médical, thése, Paris, 1982, p. 181 ets.

Le Cabec Sylvie, Le devoir d'information du médecin et le consentement du patient, mémoire pour le diplôme, Université de Paris, 1982, p. 33 ets.

مشار إليهم في: مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د/ مجدي حسن خليل، صـ٧٣.

(3) Charaf El Dine (A.), Op. Cit. No. 236, pp. 187 et 188.

(4) Civ. 29 mai 1951. D. 1952, 53, S. 1953 – 1 – 42, Note Nerson.
Civ. 21 fév. 1963. D. 1961 – 531.
Civ. 7 Juill. 1964. D. 1964 – 625 – 11 Janu – 1966.

مشار إليهم في: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة صـ١٠، هامش ٤.

(٥) راجع: حكم محكمة استئناف واشنطن عام ١٩٧٤م قضية هولت ضد نيلسون.

Holt V. Nelson, 11 Wash, APP 230, 525, p. 2d, 211, 1974.

وراجع حكم محكمة ولاية نيوهامبشير ١٩٧٨م، قضية فولجر ضد كوربت.

Folger V. Corbet, 188, N.H. 737, 394, A. 2d 63, 1978.

مشار إليهم: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي صـ٤٢.

(٦) الطعن رقم (١١١) لسنة ٣٥ ق ١٩٦٩/٦/٢٦م س.٢ صـ١٠٧٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عامًا ١٩٨٥م، الجزء الأول، المجلد الأول، القاعدة رقم ٦٦ صفحة ١٦٠.

(٧) المسئولية المدنية، د/ حسين عامر، الطبعة الأولى ١٩٥٦، صـ٢٣٤، ٢٦٦، والمسئولية المدنية، د/ مصطفى مرعي، طبعة ١٩٣٦م، صـ١٦، بند رقم ١٩، وعقد العلاج، د/ عبد الرشيد مأمون ١٩٨٦م، صـ١٨١.

وهناك من يرى أن عبء إثبات الرضا يقع على عاتق الطبيب على اعتبار أن الطبيب يخالف الثابت أصلاً وهو حرمة الجسد، وأن مباشرة العلاج لا تغني عن وجود الرضا، ومن ثم يتحمل الطبيب عبء إثبات رضا المريض بالعلاج، إذ عليه أن يبرر مشروعية فعله وإثبات وجود عقد قائم على الرضا[١].

ورأى آخرون أنه على المحكمة أن تتحرى عن هذا الرضا بكافة طرق الإثبات دون إقامة الدليل على الطبيب وحده أو المريض وحده، وذلك نظرًا لتعذر هذا التحديد من الناحية العملية حيث إن الطبيب يتعامل مع حالات متعددة، ولكل حالة ظروفها الخاصة مما يصعب في ظله تقرير مبدأ بعينه[٢].

وبخصوص إثبات الرضا في مجال نقل وزراعة الأعضاء فقد سبق وأن اشترطنا وجوب أن يكون رضا المريض صريحاً وكتابيًا مما يستوجب في هذه الحالة أن يكون عبء إثبات رضاء المريض واقعًا على عاتق الجراح لأنه يبرر مشروعية المساس بسلامة جسم المريض وبتكامله الجسدي، فعلى الطبيب تقديم الدليل الكتابي على رضاء المريض بتدخله الجراحي[٣]، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها التاريخي بتاريخ ٢٥ فبراير ١٩٩٧م[٤] إلا أنها أجازت استعمال كل طرق الإثبات طبقًا لقرار ١٤ أكتوبر ١٩٩٧م[٥].

---

(١) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن، صـ٦٠، والمشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زراعة الأعضاء، د/ حسام الأهواني صـ١١٠، ونظرية حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، د/ محسن البيه، ١٩٩٠م، صـ١٧٩.

(٢) مسئولية المستشفى الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه، د/ أحمد محمود سعد، صـ٣٢٤، رقم (١٧٥)، وحق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي، صـ٤٥.

(٣) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١٠٦.

(٤) Cass. 1er Civ. 25 Février 1997, Gaz, Pal, 1997, 1.

(٥) Cass. 1er Civ. 14 Octobre 1997, Gaz, Pal, 1997, 2.

مشار إلي الحكمين السابقين: رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبد الكريم، صـ١١٢، ٣٠٥.

الفـــرع الثـانـي

خصائص الرضـا

المفهوم الخاص للرضا

لكي نستطيع استخلاص خصائص رضا المريض لابد أن نشير إلى أن علاقة الطبيب بالمريض ليست علاقة خضوع واستسلام بل هي علاقة توازن وندية[1] حيث إن الإنسان هو سيد جسده، وانتهى عصر التسلطية الطبية[2] (L'imperia lisme medical) التي كانت تسيطر على علاقات الأطباء بالمرضى، وقد جسد ذلك تقنين آداب المهنة الفرنسي الصادر في ٦ سبتمبر ١٩٩٥م: وأصبح هذا التقنين يفرض على الأطباء ٣٠ واجبًا عامًا، و٢٤ واجبًا تجاه المرضى، ومن مجمل هذه الواجبات نستنتج أنه لم تعد العلاقة مجرد علاقة طبيب بمريض، بل هي علاقة (إنسان) طبيب (بإنسان) مريض[3].

ومن بين الواجبات التي فرضها تقنين آداب المهنة الفرنسي على الطبيب، وجوب التزامه بتبصير المريض وعدم إجباره على الخضوع للعلاج والفحص الطبي[4] لأن المريض في العقد الطبي لابد وأن تصدر عنه إرادة حرة، وأن تحترم إرادته الخاصة أو إرادة من يمثله قانونًا إلا في الحالات الاستثنائية[5].

ولذا فإن الرضا الذي يصدر من المريض لابد وأن يكون رضا ذو مواصفات وخصائص وشروط يمكن إجمالها في الأتي:

- رضاء متبصر.
- رضاء حر.
- رضاء من صاحب أهلية.

---

(١) Nerson Roger, Le respect par le médecin de la volonté du malade, Melanges dédiés à Gabriel Marty, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 854.
مشار إليه مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د/ مجدي حسن خليل، مرجع سابق، صـ٣٥.

(٢) Savatier R. Imperialisme Medical sur le Terrain du droit, D. 1952, Chr., p. 157.

(٣) مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، المرجع السابق، صـ٣٥.

(٤) المادة ٣٥ من تقنين آداب المهنة الفرنسي.

(٥) المادة ٣٦ من تقنين آداب المهنة الفرنسي.

أولاً: الرضـا المتبصـر.

إن مفهوم الرضا المتبصر يعني أن يحاط المريض بكافة الأمور المتعلقة بالتدخل الجراحي وإذا كنا نتحدث هنا عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، فإنه يجب على الجراح أن يقوم بإخطار المريض بطبيعة عملية الزرع التي ستجرى له ومخاطرها ونتائجها المحتملة[1] كما يجب أن يوضح له أنه لا سبيل لإنقاذ حياته إلا من خلال إجراء عملية زرع عضو له، وذلك لعجز الوسائل العلاجية التقليدية وعدم فاعليتها في مثل حالته الصحية[2]، فإذا ما قبل المريض هذه العملية يكون قد قبلها وهو على بينة من سبيلها[3].

وعلى الطبيب أن يقوم بتبصير المريض بطريقة سهلة وميسرة وبعبارات موجزة سهلة الفهم دون الدخول في التفاصيل الفنية أو استعمال المصطلحات الطبية المعقدة[4].

إذ ليس مطلوبًا من الطبيب أن يلقي محاضرة علمية على مريضه[5]، بل يكفي أن يكون بأي طريقة سهلة وميسرة تكون مفهومة للمريض وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية[6].

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١١٥.

(٢) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ حسام الأهواني، بند رقم (٧٢)، صـ١١٢.

(٣) مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٥٠.

(٤) وإلا قامت مسئولية الطبيب ولذا ألزمت محكمة منيسوتا طبيبًا بتعويض قدره ٨٠,٠٠٠ دولار عن الأضرار التي لحقت بالمريض، إذ تبين للمحكمة أن الطبيب لم يقم بتبصير المريض تبصيرًا كافيًا ولم يبين له جوانب الخطورة المحتملة مكتفيًا بذكر بعض المصطلحات الطبية التي يعجز الشخص العادي على فهمها.

E.G. bang V. Miller, 251, Minn, 427, 88, N.W. 2d 186, 1958.

وراجع كذلك حكم محكمة كاليفورنيا ١٩٧٢م.

Cobbs V. grant 8 Cal 3d 229, 502, p2d, 1972.

مشار إليهم: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي صـ٦٠.

(٥) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن، صـ٣٩.

(٦) حيث عبرت محكمة النقض عن ذلك بقولها: "أن التبصير يتحقق بإفصاح بسيط مفهوم".
نقض فرنسي في ٢١ فبراير ١٩٦١م — دالوز ١٩٦١م — ١٢٧.
مشار إليه: الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات، د/ نزيه المهدي، صـ٢٢١.

وينبغي أن نلاحظ أن الالتزام بتبصير المريض يختلف عن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات أو البيانات الذي يقع على عاتق الطبيب عند بدء العلاج ومن ثم بدء العلاقة التعاقدية[(1)].

والالتزام بتبصير المريض في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء يقتضي أن يقوم الجراح بإخطار المريض بالحقيقة الكاملة، لأن المريض يتحمل جزء من المسئولية، فهو يشارك الجراح في الاختيار وفي اتخاذ القرار[(2)]، ولذا فإن الطبيب يلتزم بتبصير المريض ببدائل العلاج المقترح حتى يوفر له قدرًا أوسع من حرية الاختيار[(3)].

كما أنه يجب أن يستخدم الطبيب لغة واضحة ومفهومة في إعلام المريض بالعلاج حسبما نصت عليه المادة ٣٤ من تقنية آداب المهنة، إذ تقول "يجب على الطبيب أن يصيغ العلاج بكل الوضوح الضروري، وأن يراعي حسن فهمه من قبل المريض والمحيطين به، وأن يسعى إلى حسن الالتزام به"[(4)].

---

(١) ويختلف الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام عن الالتزام اللاحق بالتبصير من حيث الأساس ومن حيث التوقيت.

فمن حيث الأساس: نجد أن أساس الالتزام بالإعلام هو صحة الرضا وسلامته فهو يتعلق بإبرام العقد الطبي ووجود الرضا الحر الواعي بحقيقة العقد وشروطه وظروفه وملابساته ومدى ملاءمة كل ذلك للغرض منه.

أما الالتزام بالتبصير فيأتي أثناء سير العقد وهو يرتبط بحسن تنفيذ الالتزامات القانونية الأصلية، أو واجب التعاون أو المشاركة بين المتعاقدين في تنفيذ العقد أو يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود والذي يقوم على مبدأ الثقة التي يضعها المريض في الطبيب نظرًا لعدم المساواة في العلم والمعرفة بينهما وبالتالي يلقي على عاتق الطرف الأكثر علمًا (الطبيب) التزامًا بالإفضاء بالمعلومات.

ومن حيث التوقيت: الالتزام بالإعلام والإدلاء بالمعلومات يتعلق كما قلنا بتكوين العقد وركن الرضا فيه فهو إذ يتعلق بالمرحلة السابقة على إبرام العقد.

أما الالتزام بالتبصير فهو يرتبط بمرحلة التنفيذ أي يأتي بعد إبرام العقد.

راجع في ذلك: الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات، د/ نزيه المهدي، صـ٢٦، والتزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسين نجيدة، دار النهضة، ١٩٩٢م، صـ١٣، وما بعدها.

(2) Savatier (R.): Note sous Angers 4 Mars 1947, D. 1948, 298.
Cass. Civ. 3 Nov. 1955, D. 1956, 3.

مشار إليه القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١١٦.

(٣) حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي، صـ٢٢.

(٤) يقول النص الفرنسي للمادة ٣٤ من تقنين آداب المهنة الفرنسي:

"Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute le clarté indispensable, veiller à leur compréhension par le patient et son entourage et s'efforcer d'en obtenir la bonne exécution".

مشار إليه في: مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، مرجع سابق، صـ٥٧.

والجدير بالذكر أن المادة ٣٤ فرنسي السابقة تطابق المادة ١٨ من لائحة تقاليد مهنة الطب البشري في مصر والصادر في ٢ يوليو عام ١٩٥٤م، والمقابلة للمادة ٢١ من لائحة آداب مهنة الطب الجديدة الصادرة

#

نطاق تبصير المريض:

بالنسبة لنطاق تبصير المريض فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يرى أن الطبيب لا يلتزم بتبصير مريضه بكل النتائج المأسوية والاستثنائية التي يتضمنها العلاج[1].

وإن كان هناك من يرى العكس وأنه على الطبيب أن يبصر مريضه بكل المخاطر التي يتعرض لها وسوف نعرض لكل من الاتجاهين:

الاتجاه الأول: التزام الجراح بالتبصير يقتصر على المخاطر المتوقعة.

يكفي في نظر أصحاب هذا الاتجاه أن يقوم الجراح بتبصير المريض بالمخاطر الممكنة والمتوقعة ولو كانت غير عادية[2]، ولا يلتزم بإخطار المريض بالنتائج غير المتوقعة والمخاطر النادرة والبعيدة الاحتمال للعملية[3].

فالجراح يجب عليه أن يُطلع المريض على الخطوط العريضة لمرضه وطبيعة التدخل الجراحي دون الدخول في التفاصيل الفنية الدقيقة[4] فيكاد الفقه يجمع[5] على أن الطبيب لا يلتزم بلفت نظر المريض إلى الشاذ النادر.

فالجراح لا يجب أن يُدخل الخوف والرعب في روح المريض بتبصيره بالمخاطر والنتائج المحتملة والنادرة الوقوع لعملية الزرع[6].

وقد أكدت أحكام القضاء الفرنسي والأمريكي أن الطبيب لا يجب عليه سوى إخبار وتبصير المريض بالنتائج المتوقعة فقط وفيما يلي نماذج من هذا:

في ٥ سبتمبر ٢٠٠٣م، والتي تنص على أنه: "ويجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم إطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة وفي هذه الحالة عليه أن ينهي إلى أهل المريض بطريقة إنسانية لائقة خطورة المرض وعواقبه الخطيرة إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته أو حدد أشخاصًا معينين لإطلاعهم عليها ولم تكن هناك خطورة على من حوله".

(١) التزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسين نجيدة، مرجع سابق، صـ٢٣.

(2) Paris les avril 1964 – D – 1964 – 98 – savatier (R.) note sous cass. Civ. 1955, J.C.P. 1955, 9014.

(3) Savatier, (R.J.) Auby, (J.M.) et Pequigiot, H: Traité de droit médical, Paris, Librairies Techniques 1956, No. 251.

مشار إليه القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، صـ١١٧.

(4) Aix 14 Fev., 1950 – D – 1950 – 322.

(٥) راجع هذا الإجماع: التزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسن نجيدة، صـ٢٣.

(٦) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، صـ١١٨.

القضاء الفرنسي[1]

قضت محكمة ليون في حكم جاء فيه "إن الطبيب لا يلتزم بأن يظهر للمريض كل النتائج السيئة الممكنة أو المتصورة لتدخله"[2].

وقالت محكمة بوردو أنه "ليس من المتصور أن نلزم الطبيب أن يشرح للمريض أن كل تخدير يمكن أن يثير مشكلة، طالما أن الطبيب قد اختار طريقة حقيقية من طرق التخدير"[3].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المسلك حين أكدت في أحد أحكامها "أننا بصدد نتائج غير متوقعة ومن ثم لا يلزم الجراح أن يخبر بها المريض مقدمًا"[4].

كما قضت بأن الطبيب لا يلتزم في تبصير المريض سوى بالمخاطر الجادة والعادية[5].

القضاء الأمريكي[6]

حكم محكمة كنساس ١٩٦٠م، قضية ناتانسون ضد كلين، حيث أقرت المحكمة بمسئولية الطبيب لأنه لم يقم بتبصير المريض بالأخطار الجسيمة المتوقعة والمحتملة[7].

حكم محكمة كاليفورنيا ١٩٧٢م (قضية كويس ضد جرانت)، والتي أقرت بمسئولية الطبيب على أساس "أن واجب الطبيب يحتم عليه الكشف عن المخاطر التي

---

(١) ينظر: في عرض أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن التزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي نجيدة، صـ٢٣ وما بعدها.

(2) Lyon 12 avr. 1965, Gaz. Pal. 1966 – 1 – 380.
(3) Gr. Inst. Bordeaux 26 févr. 1964 – Gaz. Pal, 1961 – 1965, No. 131.
(4) Cass. 13 Mai 1959, Gaz, Pal. 1959 – 1960 Médecine, No. 150.
(5) - Cass. Civ. 5 Mai 1981, Gaz. Pal. 1981 – 11 – 352.
- Cass. 1er. 9 Mai 1985, J. ep. 1983 – iv – 226.
- Cass. Civ. 1er 20 Mars 1924 Bull. Cass, 1984, No. 107.

(٦) راجع هذه الأحكام في: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي، صـ٢٦ وما بعدها.

(٧) وتتلخص الوقائع في أن إحدى السيدات أصيبت بسرطان الثدي وتم استئصاله جراحيًا وأشار عليها الطبيب المعالج بضرورة العلاج بالأشعة في المناطق المحيطة بالجراحة دون أن يبصرها بالأخطار المتوقعة ونجم عن ذلك تساقط الجلد مع حدوث تشوهات في الجلد.
Natanson V. Kline, 186, KAN, 350, P. 2d, 1093, 1960.

من شأنها التأثير على قرار المريض بقبول العلاج أي في الحدود والتي يمكن للمريض على هديها اتخاذ قراره"[1].

حكم محكمة كاليفورنيا ١٩٨٠م (قضية ترمان ضد توماس)، والتي أقرت بعدم مسئولية الطبيب وجاء في مسوغات الحكم "أن واجب الطبيب هو تبصير المريض بالمراحل الجديدة التي يتطلبها العلاج وبيان أوجه الخطورة المحتملة منه، حتى وأن ترتب على ذلك رفض المريض التدخل العلاجي، وأضافت أنه يتعين صدور الإذن من المريض وهو عالم حقيقة حالته، وما ينطوي عليه العلاج من مخاطر، وأن التبصير لا يقتصر على قبول العلاج وإنما ينصرف إلى الرفض أيضًا، فكما يكون القبول مستنيرًا فإن الرفض يجب أن يستند أيضًا إلى تبصير كامل[2].

الاتجاه الثاني: التزام الجراح بالتبصير يشمل كل أنواع الخطر.

وعلى الطرف الآخر هناك من ذهب إلى ضرورة تبصير المريض بحقيقة حالته مهما كانت صعبة[3] وهنا يقول الفقيه الفرنسي سافتيه "للمريض مصالح جوهرية في معرفة

---

(١) وتتلخص الوقائع في أن طبيبًا حصل على رضاء المريض بإجراء جراحة بالإثنى عشر وناقش الطبيب المريض حول طبيعة الجراحة وأهميتها بالنسبة لحالته إلا أنه لم يشر إلى أية مخاطر محتملة من جرائها وتدهورت حالة المريض عقب الجراحة، واكتشف أنه أصيب بنزيف داخلي ترتب عليه استئصال الطحال.

Cobbs V. Grant, 8 Cal. 3d 29, 502, p. 2d 1, 1972.

وراجع في نفس المعنى حكم محكمة ولاية نورث كارولينا ١٩٨٢م.

McPherson V. Ellis, 303, N.C. 266, 287, SE 2d 892, 1982.

ونفس المعنى حكم محكمة رود إيلاند ١٩٧٢م.

Wilkinson, V. Vesey R.I. 609, 295, A. 2d, 676, 1972.

(٢) وتتلخص الوقائع أن سيدة كانت تعالج من متاعب بالمعدة، وفي إحدى مراحل العلاج أشار عليها الطبيب بضرورة إجراء جراحة استكشافية موضحًا لها المخاطر المحتملة لهذه الجراحة وترتب على ذلك سحب المريضة موافقتها — السابقة — على العلاج وتوفيت عقب ذلك بفترة بسيطة وتبين أنها كانت مصابة بسرطان في الأمعاء.

Truman V. Thomas, 27 Cal, 3d 285, 611, p. 2d 902, 165, Cal reptr. 308, 1980.

(٣) التزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسين نجيده مرجع سابق، صـ٢٩.

وهذا ما أكدته محكمة واشنطن .D.C ١٩٧٢م حيث قضت أن قدرة الطبيب وحنكته لا تخل بحق المريض في معرفة حقيقة حالته، وما يكتنف العلاج المقترح من مخاطر، إذ إن المريض هو القاضي الوحيد بالنسبة لقبول أو رفض العلاج طبقًا لما هو متاح له من معلومات من قبل الطبيب المعالج.

Canterbury V. Spence, 464, F. 2d, 722, "D.C.", 1972.

ومثل ذلك ذهب القضاء الفرنسي حيث إنه لا يعفي الطبيب من واجب التبصير بالنسبة للمخاطر الاستثنائية غير المتوقعة بالنظر إلى خطورة الوسيلة المتبعة في العلاج، أو أهميته بالنسبة للمريض كجراحة التجميل أو الجراحة المتعلقة باستئصال عضو من أعضاء الجسم.

#

حالته، من تلك المصالح إنعاش رد فعله الطبيعي للدفاع عن الخطر، وبذل الجهود من أجل نجاته، وهذا ما يتوقع منه قبل انعدام الأمل والاستسلام ... كما يعد حقًا مقدسًا له، أن يتخذ عندما تكون حياته في خطر، التدابير التي تتطلبها معتقداته الدينية، والطبيب الذي يحرمه من ذلك، يخل بواجباته الأكثر جوهرية"(١).

كما يلتزم الطبيب بتبصير المريض بآلامه المحتملة التي تخلفها الجراحة، فيبين له شدة الألم ونطاقه ومظاهره، والمدة التي يجب عليه عدم التحرك خلالها، وفترة النقاهة، والتشوهات، والعاهات التي يمكن أن تتولد عن الجراحة، ومدى ضرورة إعادة تأهيل المريض في بعض الحالات، والمدة التي يستغرقها ذلك، حتى يحصل على نتيجة نهائية(٢).

فالطبيب في مجال زراعة الأعضاء يجب أن يكون أكثر صراحة وإخلاصًا مع مريضه، فإذا كان الشرح والتحذير واجب في حالة التجارب غير العلاجية فإنه ألزم وأدعى في حالة نقل وزرع الأعضاء(٣).

الخلاصـــة

أستطيع أن أقرر أنه من خلال العرض السابق لمفهوم تبصير المريض وضرورة الحصول على الرضا المستنير، أنه في مجال زراعة الكبد بصفة خاصة والأعضاء بصفة عامة، لابد وأن يكون رضا المريض صادراً عن دراية تامة وحقيقية بكافة الأمور التي تتصل بعملية الزرع وذلك احترامًا لإرادة المريض في التصرف في تكامله الجسدي والذي

راجع: نقض مدني فرنسي في ١٩٦٩/١١/١٧م – الأسبوع القانوني – ١٩٧٠م – ٦٥٠٧، ليون في ١٩٨١/١١/٨م الأسبوع القانوني – ١٩٨١م – ١٩٦٩م – ملاحظات شاياس.
مشار إليه: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي، مرجع سابق، صـ٣١، هامش (١).

(١) أشار إليه د/ سليمان مرقس في كتابه الوافي في القانون المدني، في الالتزامات المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية، ط ١٩٩٨م، جـ٢ صـ٤٠٣، هامش ٦٤٢.
ونقله عنه د/ علي حسين نجيده في بحثه التزامات الطبيب في العمل الطبي، مرجع سابق، صـ٣١ وما بعدها.

(2) Mainguet, Le consentment du patient à l'acte médical, Paris, 1957, p. 24.
مشار إليه: في التزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسين نجيدة صـ٣٣.

(٣) المشكلات القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ٧٥، ونقس المعنى القانوني الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١١٦.

يتطلب ضرورة حصوله على جميع العناصر اللازمة لتبصيره[1]، وهذا التبصير لابد وأن يشمل كافة المخاطر المتوقعة وغيرها حتى يُكون المريض رأيه بصدق وروية كما يجب على الجراح أن يبصر المريض بالمخاطر والتضحيات التي سيتحملها المعطي من جراء استئصال جزء من جسمه، والفوائد التي ستعود عليه من جراء عملية الزرع حتى يقوم بالمقارنة بين ما يصيب المعطي من جهة وما يعود عليه من نفع من جهة أخرى حتى لا يشعر بالذنب تجاه المعطي، وأنه السبب في حرمانه من جزء من جسمه، فالكشف عن شخصية المعطي قد يُمكن المريض من تقديم المساعدة له وتقوية أواصر الصداقة بينهما مما يكون له أكبر الأثر على حالته النفسية[2].

ويجب على الطبيب الجراح أن يشرح لمريضه الأخطار التي تتضمنها العملية والمنافع التي يمكن أن تعود عليه ويترك له الحرية في التعبير عن إرادته سواء بالقبول أو الرفض، كما يتعين عليه إعلام المريض بخطورة حالته الصحية، وأن عملية الزرع هي الحل الوحيد والأخير لإنقاذ حياته من الهلاك، ويمكن أن يفيده بنسبة الخطورة المقترنة بالعملية مقارنة بنسبة تحقق المخاطر المرتبطة بالتطور الطبيعي للمرض على المدى القصير إذا بقي بدون نقل العضو[3]، وهذا الالتزام من جانب الطبيب يعتبر من أهم آثار العقد الطبي، الذي ينشأ بين المريض والطبيب، والذي يرتب التزامات متبادلة تنصرف إلى المتعاقدين، وذلك وفقاً لنص (المادة ١٤٥ مدنى مصرى)، فأثر العقد هو نشوء الحقوق والالتزامات التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إنشائها، فإذا استوفى العقد أركانه وشروطه القانونية نشأ صحيحاً، وترتبت عليه آثاره التي تنصرف إلى المتعاقدين فقط دون غيرهما، حيث لا يستطيع المتعاقدان بإرادتهما إنشاء التزاماً في ذمة غيرهما[4].

---

(١) وقد حدد الأستاذان Inbau, Waltz العناصر الجوهرية اللازمة للقبول المستنير في الآتي:
(أ) الحقائق المادية Material facts وتتضمن:
١- مخاطر الموت Risks of death.
٢- احتمالات النجاح Probability of success.
٣- بدائل العلاج Alternatives.
٤- الآثار الضارة Serious bodily harm.
(ب) حرية الاختيار والقدرة على فهم المعلومات.
راجع: Waltz and F. Inbau. Medical jurisprudence ١٩٧١, p. ١٠٢ - ١٦٨.
مشار إليه في: حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي صـ١٨، هامش (١).
(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، صـ١١٦.
(٣) رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبد الكريم، صـ٥٤٩.
(٤) راجع تفصيل ذلك: دروس في مصادر الالتزام، للأستاذ الدكتور/ لاشين محمد يونس الغاياتي، صـ١٤٧، الطبعة الأولى / سنة ٢٠٠١م.

وينبغي أن يشمل التبصير في مجال نقل أعضاء الإعلام باحتمال رفض الجسم للأعضاء الجديدة وطريقة حياة المريض بعد عملية الزرع، ومدى إمكانية اللجوء إلى عملية ثانية في حالة فشل العملية الأولى، وهي أمور حدثت في الكثير من المرات في مجال زرع الكلى والقلب[1].

ثانياً: الرضا الحر

إذا كان من الواجب أن يكون رضاء المريض مستنيرًا فإنه يجب أيضًا أن يكون رضاء المريض حرًا ولا سيما في مجال عمليات نقل وزراعة الكبد نظرًا لخطورتها التي تتطلب أن يُقبل المريض عليها وهو يتمتع بالحرية الكاملة في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه[2] فالمريض وحده هو الأقدر على تحديد ما تستوجبه مصلحته، ولذا فإن رضاء المريض صار هو حجر الزاوية في العمل الطبي[3].

وطالما أن المريض يملك حرية الاختيار فإنه يظل هو الحكم الوحيد الذي يقدر ضرورة التضحية بسلامة جسمه[4] ويقصد بالرضا الحر، طبقًا للقواعد العامة، الرضا الصادر بدون إكراه أو ضغط[5] وبالتالي فيجب أن يكون هذا الرضا خاليًا من عيوب

---

(١) نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، د/ نصر الدين مروك، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة للنشر بالجزائر، ٢٠٠٣م، صـ٢٥٣.

وقد نظمت بعض التشريعات العناصر التي يجب أن يتضمنها تبصير المريض ومنها التشريع الفرنسي في قانون ٤ مارس ٢٠٠٢م، الذي أوجب أن يشمل الإعلام على العناصر التالية:

حالة المريض الصحية وتشخيص المرض.

طبيعة العلاج المقترح.

مخاطر العلاج المقترح.

البدائل والاختيارات العلاجية الأخرى.

آثار رفض العلاج أو البقاء بدونه.

المادة ١١١١/٢ من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢م.

(٢) Kornprobst (L.): Les droits de l'homme malade devant les nouveaux programmes therapeutiques – Rev d.r de l'homme 1974, p. 530.
Doll, J.P. La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le crops humain, collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd, Masson, et cie, Paris, 1970, p. 95.

مشار إليهم: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١١٩.

(٣) مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٣٨.

(٤) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، صـ١١٩.

(٥) رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبد الكريم، صـ٧٨٤.

الإرادة الأربعة: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال[1]، ومن ثم لا يعتد برضا الشخص إذا كان ضحية تدليس أو غش أو خداع أو غلط، أو صدر منه تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب حرية الاختيار[2] فقد يقبل المريض إجراء العملية وهو واقع تحت ضغط مهما كان مصدر هذا الضغط[3]، فمتى وقع المريض تحت تأثير الإكراه فيكون الرضا مشوبًا بعيب من عيوب الإرادة يجعل العقد قابلاً للإبطال فإذا ما حكم ببطلانه تحققت أيضًا مسئولية الجراح المدنية تجاه المريض[4].

كما أن هناك نوعًا من الضغوط التي يمكن أن تمارس على المريض ينبغي استبعادها أيضًا بنفس القدر وهي الضغوط الأسرية والتي يجب أن لا يكون لها تأثير على إرادة المريض نظرًا لخطورة عمليات زرع الأعضاء والتي يجب أن لا يترك تقديرها لإرادة الوالدين أو إرادة المريض إذا تم التعبير عنها تحت تأثير ضغط عائلي[5] ووقوع المريض تحت تأثير هذه الضغوط يجعل رضائه معيبًا وبالتالي يحق له طلب إبطاله وعدم الاعتداد به، وبالتالي تتحقق المسئولية المعرفية في جانب الجراح لأن حصوله على رضاء مشوب بالغلط أو الإكراه ليس بأكثر قيمة من إغفاله أخذ رضاء المريض كلية[6].

كما أنه يعد من العيوب التي تصيب إرادة المريض أن يلجأ الجراح إلى استعمال طرق احتيالية للحصول على رضاء المريض بإجراء العملية الجراحية سواء كانت هذه الطرق إيجابية بأن يدعي أنه يجري له أشعة وهو في الحقيقة يقوم بتجاربه الطبية، أو

---

(١) مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٣٩، وينظر نفس المعنى: أحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد، مرجع سابق، صـ١٣٥.

(٢) رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبد الكريم، صـ٧٨٤.

(٣) ومن هذه الضغوط ما يمارسه الأطباء من استغلال حاجة المريض إلى العلاج ورغبته في الحياة ولا سيما وإذا كان هذا المريض فقيرًا فيستغل الطبيب هذا الضعف المادي ويخضع المريض للتجربة تحت وطأة الضعف الاقتصادي، ومن ذلك ما يجري لبعض المرضى والذين يجبروا على الاستمرار في البقاء كنزلاء في المستشفيات الجامعية تكسبًا من طلاب الطب في سنوات امتحاناتهم النهائية، ينظر: المسئولية المدنية عن التجارب الطبية د/ سهير منتصر، دار النهضة، ١٩٩٠م، صـ٣٥.
ويتحقق الضغط الاقتصادي متى كان الدافع الحقيقي للموافق على الخضوع للتجربة الحاجة إلى المال. وهو ما يجرد التجربة من مغزاها الأخلاقي الذي يبرر قبول المساس بعصمة الجسد.
راجع: رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبد الكريم، صـ٧٨٥، هامش (١).

(٤) ينظر حكم جنايات الإسكندرية بجلسته ١٩٤١/١٢/٢٥ في القضية رقم ٢٣٤٠، لسنة ١٩٨٣م، مشار إليه في أحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد، بند ١٦٦، صـ١٣٦.

(5) Charaf el Dine: Thése, op. cit., No. 261, p. 213.

(٦) أحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد صـ١٣٥.

كانت الطريقة سلبية بأن يكتم على المريض حقيقة مرضه، فالكتمان يعد تدليسًا في مجال العقد الطبي الأمر الذي يجعل العقد قابلاً للبطلان أيضًا[1].

وصفوة القول أنه يجب على الطبيب احترام حرية وإرادة المريض في اختيار عملية زرع عضو له أو رفضها، وهذا ما يجسد ويؤكد مبدأ احترام حق المريض على جسده وصحته، فالجراح لا يستطيع أن يفرض على المريض إجراء عملية الزرع دون الحصول على رضائه، حتى ولو كان محقًا تمامًا بأن حالة المريض الصحية تتطلب مثل هذا التدخل الجراحي[2] وهذا ما يجسده كون رضاء المريض حرًا أي أنه صادرٌ عن حرية واختيار، ولاسيما في مثل هذا النوع من العمليات لأنها تتكلف نفقات باهظة بحيث يستحيل على المريض – غير القادر – تحمل مصاريفها[3].

ثالثاً: أهلية المريض

إن عملية زراعة الكبد لا يمكن أن تكون صحيحة إلا إذا كان المريض متمتعًا بالأهلية القانونية، لأن موافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها، والمشاركة في تحمل المخاطر تفترض أهلية قانونية كاملة[4] ومتى كان المريض بالغًا رشيدًا متمتعًا بكامل قواه العقلية بأن يكون بلغ سن ٢١ سنة ولم يعترضه مانع أو عارض من عوارض الأهلية فإن رضائه لعملية الزرع يكون صحيحًا ويعتد به ولا يثير أية مشاكل[5].

أما إذا كان المريض عديم الأهلية، فإنه لا يمكن أن يعتد برضائه وعدم الأهلية قد يكون سببه القانون وقد يكون سببه الواقع، فعدم الأهلية القانوني يكون لأسباب محددة

---

(1) Paris 7 – 3 – 1952 – Dallez, 1952 – 367.

مشار إليه في: عقد العلاج الطبي، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٣٦، وأحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد، صـ١٣٥.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٢٠، ١٢١.

(3) Charaf El Dine: op. cit, No. 265, p. 217.

(٤) بحيث يتمكن المريض من تلقي ما يقضي به الطبيب من معلومات وإدراكها إدراكا كافيا، بحيث إذا أصدر رضاء أمكن الاعتداد به وترتيب الآثار القانونية عليه، باعتباره صادرا عن إرادة واعية مدركة لحقيقة ما تقدم عليه، ينظر: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/ جابر محجوب علي، صـ٤.

(٥) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، صـ١٢١، وأحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت محمد حماد، مرجع سابق، صـ١٣١، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، صـ٥٥٧.

كصغر السن (أقل من ٢١ سنة) أو لإصابته بعارض من عوارض الأهلية[١]، أما عدم الأهلية الفعلي أو الواقعي فيكون بسبب آفة في العقل دائمة أو مؤقتة، يترتب عليها عدم القدرة على الإدراك والإرادة[٢] وسوف ندرس هاتين الحالتين فيما يلي:

أولاً: انعدام الأهلية القانوني:

إن انعدام الأهلية — من وجهة النظر القانونية — يشمل طائفتين من الأشخاص: (القصر والراشدين الذين فقدوا أهليتهم بسبب الجنون أو العته)، وبالنسبة لهؤلاء جميعًا نصت المادة ١/٤٢ من تقنين آداب المهنة الفرنسي على أنه:

"يجب على الطبيب المستدعي للعناية بقاصر أو للعناية برشيد خاضع لنظام حماية قانونية، أن يسعى لتنبيه والديه أو ممثله القانون وأن يحصل على رضائهم"[٣].

ونستخلص من هذا النص أن المريض إذا كان فاقد الأهلية فإنه يكفي أن يصدر الرضا من ممثله القانوني، سواء كان عديم الأهلية قاصرًا أو خاضعًا لحماية القانون فإذا كان المريض قاصرًا (أي يقل سنه عن ١٨ سنة) فإن الوضع القانوني له يختلف بحسب ما إذا كان قد تحصل من القضاء على إذن بالإدارة من عدمه.

فالقاصر المأذون له بإدارة أمواله[٤] يصبح سيدًا على جسمه ومن ثم يستطيع وحده اتخاذ القرارات التي تتعلق بصحته[٥] ولكن على الطبيب أن يتصل بوالد هذا القاصر

---

(١) مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د/ مجدي حسن خليل، مرجع سابق، صـ٤٠.

(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية، د/ عبد الحي حجازي، الجزء الثاني، الحق، ١٩٧٠م، مطبوعات جامعة الكويت، رقم ٤٨٧، صـ٤٢٧.

(٣) راجع النص الفرنسي للمادة ١/٤٢ من تقنين آداب المهنة الفرنسي في: مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٤١.

ويقابل هذه المادة، المادة (٢٨) من لائحة آداب مهنة الطب بمصر والتي نصت: "وعلى الطبيب الذي يدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية، أو مريض فاقد الوعي في حالة خطرة أن يبذل ما في متناول يديه لإنقاذه، ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على الموافقة (المبنية على المعرفة) من وليه أو الوصي أو القيم عليه"، ويستفاد من هذه المادة أن الموافقة من القاصر أو ناقص الأهلية لا تكون إلا من الولي أو الوصي أو القيم.

(٤) نصت المادة ٥٤، ٥٥، مدني من قانون الولاية على المال بخصوص القاصر قابل الأهلية أنه عند بلوغه سن ١٨ عامًا يحق للولي أو المحكمة بناء على طلب الوصي أن تأذن له بتسلم كل أمواله أو بعضها لإرادتها، وعندئذ يجوز له أن يقوم بأعمال الإدارة التي يقصد بها استثمار أمواله واستغلالها.

(5) Doll: La discipline, op. cit., p. 102 – Savatier, Auby, Pequignot,: op. cit., No. 239.
مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٢٢.

لإيضاح مسألة دفع الأتعاب، وذلك باعتبار أن الإذن الذي تحصل عليه القاصر يضع نهاية لحالة القصر بخصوص الأعمال (إدارة الأموال) وليس بالتصرف فيها[1].

أما إذا كان المريض القاصر غير مأذون له بإدارة أمواله، فإنه مثل هذا القاصر يكون غير أهل قانونًا لاتخاذ القرارات التي تعنيه، فإرادته لا يعتد بها قانونًا، بل لابد من رضاء أحد والديه[2] وفقًا للقانون رقم ٤٥٩ الصادر في فرنسا في ٤ يونيه ١٩٧٠م والذي تم بمقتضاه تعديل القانون المدني، وأصبحت المادة ٢/٣٧٢ مدني فرنسي تعطي صلاحية الرضا بالعمل الطبي المتعلق بالقاصر للأب أو للأم، على الشيوع ولا يكون الطبيب مضطرًا لالتماس الرضا من الوالدين معًا[3].

ولكن إذا كان العمل الطبي المتعلق بالقاصر هو تدخل جراحي على درجة كبيرة من الخطورة مثل عمليات زرع الأعضاء أو علاج خطير (كالعلاج الكيميائي) فيتعين الحصول على رضاء الوالدين معًا[4].

فإذا كان أحد الوالدين متوفى أو في حالة لا تمكنه من التعبير عن إرادته فإنه يكون سلطة التعبير عن الرضا هنا للوالد الآخر طبقًا للمادة (٣٧٣) مدني فرنسي والتي تجعل سلطة التعبير بالعمل الطبي الخاص بالقاصر لمن تؤول إليه السلطة الأسرية.

---

(١) عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٤٢، بند ٣٩، ومدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٤١.

وقد ذهب إلى خلاف ذلك البعض حيث اكتفى أن يتحقق في جانب القاصر الأهلية الجنائية أي بلوغه ١٥ سنة، وفي هذه الحالة يعتد بموافقته على الرضا بالجراحة أو العلاج دون الجانب المالي حيث يستلزم موافقة الولي أو الوصي أو القيم عليه فمتى وصل المريض إلى سن ١٥ سنة يكون رضاؤه صحيحًا ويعتد به فيكفي أن تتوافر لديه الأهلية الجنائية أي أن تكون لديه القدرة على إدراك ظروفه والمخاطر التي سيتعرض لها من جراء الجراحة.

ينظر في عرض هذا الرأي: أحكام العمليات الجراحية، د/ رأفت محمد حماد، صـ١٣٢، وما بعدها.

(٢) وقد كانت صلاحية إعطاء الرضا في العقود الطبية المتعلقة بالقاصر غير المأذون لهم بالإدارة في فرنسا حتى عام ١٩٧٠م مقررة للأب باعتبار أن له الولاية على هذا القاصر.

راجع في ذلك: مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، مرجع سابق، صـ٤٢.

(٣) راجع تفصيل ذلك: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/ جابر محجوب علي، صـ٢٢ وما بعدها.

(٤) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٢٣، و مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٤٣.

وفي حالة الطلاق أو الانفصال، فإن أحد الوالدين الذي له حق حضانة الطفل هو الذي له حق الموافقة على إجراء عملية الزرع[1] وهذا ما قررته المادة ٢/٣٧٣ مدني فرنسي معدلة بالقانون ٢٢ الصادر في ١٩٩٣/١/٨م.

فإذا كان القاصر يتيم الوالدين فإن الرضا الذي يعتد به في هذه الحالة يكون من الوصي عليه تحت رقابة مفتش المساعدة العامة[2] فإذا ظهر لهم أن الوصي قد اتخذ قرارًا متسرعًا بشأن صحة الطفل فيجوز لهم أن يطلبوا اجتماع مجلس الأسرة[3].

أما إذا كان المريض رشيدًا أي بلغ سن الرشد ولكن اعتراه جنون أو عته فأصبح فاقدًا للتمييز، فإذا كان الجنون مطبقاً فإن الرضا الذي يعتد به هو الرضا الذي يصدر من ممثله القانوني[4] سواء كان وليًا أو وصيًا أو قيمًا.

أما إذا كان جنونه غير مطبق، أي تتخلله فترات إفاقة فيجب أخذ رضائه في وقت إفاقته أي وقت تمتعه بكامل قواه العقلية[5].

وبالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يخرج عن القواعد السابقة بالنسبة للقاصر وعديم الأهلية، ففي القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٨ معدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٩م تنص

---

(1) Kornprobst (L.): op. cit., p. 238, Doll: op. cit., p. 101.

مشار إليهم القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٢٣.

وإذا كان الطفل القاصر في زيارة للوالد غير الحاضن، وتعرض لوعكة صحية تحتم تدخل طبي عاجل، فيمكن للطبيب المعالج أن يتحرى الرضاء بعمله من خلال الوالد المصاحب للطفل (الوالد غير الحاضن).

راجع:

Mainguet, Genevieve, le consentement du malade à l'acte, médical, thése, Paris, 1957, p. 46, No. 89.

مشار إليه: مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٤٥.

(2) Savatier, Auby, Pequignot: op. cit., No. 240.

(٣) وقد ذهب البعض إلى عكس ذلك على أساس أن مجلس الأسرة لا يختص إلا بالظروف العامة للمعيشة والتعليم (المادة ٤٤٩ مدني فرنسي).

Memetanu Gerard, la liberté thérapeutique, op. cit., No. 80.

مشار إليه: مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٤٦.

(٤) راجع المادة ١/٤٢ من تقنين آداب المهنة الفرنسي والمادة ٢/١٠ من القانون المدني التشيكوسلوفاكي، والمادة ٨ من قانون الأسرة الإنجليزي والمادة ٣/١٦٦ من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري قانون رقم ٥/٨٥ مؤرخ في ١٩٨٥/٢/١٦م متمم ومكمل بالقانون رقم ١٧١٩٠ المؤرخ في ١٩٩٠/٧/٣١م.

راجع في ذلك: رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبد الكريم، صـ٢٠٨ وما بعدها، وصـ٥٥٧ وما بعدها.

(٥) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٢٤.

المادة (٤) منه على أنه "يقع واجب تقديم الطفل أو تطعيمه أو تحصينه ضد الأمراض المعدية على عاتق والده أو الشخص الذي يكون الطفل في حصانته".

كما نص المشرع في القانون الخاص بمكافحة الأمراض الزهرية رقم (١٥٨) لسنة ١٩٥٠م في المادة ٦ منه على أنه "إذا كان المريض حدثًا دون سن الخامسة عشرة أو معتوهًا يقع التكليف بمعالجته على والديه أو وليه أو على رئيس المؤسسة التي يوجد بها".

وبذلك يكون المشرع المصري قد جعل الاعتداد بالرضاء بخصوص القاصر لدى والديه أو المسئول عنه دون الاعتداد برضاء القاصر نفسه[١].

ثانيًا: انعدام الأهلية الفعلي أو الواقعي:

يقصد بانعدام الأهلية من حيث الواقع فقدان الشخص أهليته بسبب افتقاد مؤقت للإدراك، إما بسبب المرض أو بسبب حادث (حالات الإغماء والغيبوبة) وإما بسبب التخدير، وإما بسبب ضعف في الملكات الذهنية لدى الشخص مما لا يندرج تحت وصف الجنون أو العته[٢].

ومثل هذا الشخص لا يستطيع أن يعبر عن إرادته ولذا فإنه من الضروري أن نبحث عن من ينوب عنه في هذه الحالة ؟

ولا شك أن أولى الناس في النيابة عن هذا المريض فاقد الإدراك هم أقاربه[٣] فهم المحيطون به وهم الأولى برعايته صحيًا، وقد استقر على هذا الحل الفقه[٤] والقضاء[٥]

---

(١) مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٤٧.

(٢) يلاحظ أنه لو امتدت حالة الغيبوبة لفترة طويلة، فإنه يمكن اعتبار المريض فاقداً للأهلية، ومن ثم طلب تعيين من يمثله قانوناً، فيدير شئونه المالية، ويتخذ القرارات الخاصة بعلاجه، راجع: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/جابر محجوب علي، صـ٦٠.

(٣) وقد استخدم قانون أخلاقيات مهنة الطب في فرنسا مصطلح الأسرة. ينظر: المواد ٣١، ٣٣، ٣٤، ٣٧ من قانون أخلاقيات مهنة الطب في فرنسا.

(٤) مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٤٨.

(٥) حيث أعلنت محكمة (Liége) المدنية، أنه يجب على الطبيب، قبل أي عملية أن يحصل على تصريح من المريض أو من "الشخص الذي يوجد هذا المريض تحت سلطته"، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية في حكمها الصادر في ٨ نوفمبر ١٩٥٥م، والذي قضت فيه برفض الطعن المقدم من الطبيب الذي قضت محكمة الاستئناف بإدانته، استنادا إلى أن الطبيب يلتزم فيما عدا حالة الضرورة، أن يحصل قبل تطبيق العلاج أو إجراء العملية الجراحية على الرضاء الحر المستنير للمريض أو

#

حيث تأخذ المحاكم الفرنسية بموافقة من تربطهم بالمريض رابطة القرابة أو المصاهرة[1] أو المحبة لأنهم هم الذين يستطيعون التعبير عن إرادة المريض أفضل تعبير، ولكن من أقارب المريض عند اجتماعهم يلتزم الطبيب أن يتحصل على رضائه وفقًا للمادة ٣/٣٦ من تقنين آداب المهنة الفرنسي التي تنص على أنه "إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته فإن الطبيب لا يستطيع التدخل إلا إذا أخطر وأعلم أقاربه عدا حالات الضرورة والاستحالة.

فلفظ أقاربه لفظ عام ولكن يمكن القول بأن أقارب المريض يندرجون في طبقات ومراتب فالزوج أو الزوجة يأتي في المرتبة الأولى[2] ثم الأصول والفروع[3] ويعتبر البعض الصديق المقرب للمريض كالأقارب[4]، ولكن عند الاختلاف بين الزوجة وأحد الأصول أو الفروع فإن القاضي هو الذي يحسم النزاع[5].

— عندما يكون هذا الأخير في حالة لا تسمح له بإصدار الرضا— للأشخاص الذين يتمتعون في مواجهته بسلطة قانونية، أو الذين تربصهم به علاقة قرابة تؤدي إلى اعتبارهم حماة طبيعين، وحيث إن الطبيب لم يحصل على موافقة والدة الفتاه التي قام بتنفيذ نوع من العلاج (استخدام الصدمة الكهربائية) دون الرجوع إليها ففي هذه الحالة تقوم مسئوليته.

راجع هذه الأحكام: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/جابر محجوب علي، صـ٦٢ وما بعدها.

(1) Trib. Cic. Seine, 15 Mars 1937: Gaz, Pal. 1937 – 11 – 397.
Lyon 27 Nov. 1952, J.C.P. 1953, 11 – 7541, note Savatier.

مشار إليهم القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٢٩، هامش ٣.

(٢) باعتبار أن موقف الزوجة ومثلها الزوج هو مظهر من مظاهر واجب المساعدة للزوج المنصوص عليه في المادة ٢١٢ مدني فرنسي.

(3) Pradel J: Droit Pénal, introduction général, droit pénal général 3e éd., Tome J oujas Paris, 1981, No. 60, p. 77.

مشار إليه: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، د/جابر محجوب علي، صـ٦٦، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٢٩.

(4) Memeteau Gerard, la liberté thérapeutique du médecin, op. cit., No. 74.

وهناك من يرى عكس ذلك حيث يرى أن الأصدقاء والجيران لا يمكن اعتبارهم من أقارب المريض.

ينظر في عرض ذلك: مدى فعالية رضاء المريض، د/ مجدي حسن خليل، صـ٤٩.

(5) TGI, Paris, 19/5/1987, J.C.P. 1988, 11, 21130, note, Gerard Memetau.

المبحث الثاني
الشـروط الشـرعية

يتعلق بجسم الإنسان في الفقه الإسلامي حقان: حق الله تعالى وحق العبد[1]، وفي حالة الاضطرار لفعل معين فإن حقوق الله تعالى تبنى على التسهيل في حين أن حقوق العباد تكون مبنية على التشديد، فإذا تعينت أجزاء آدمي معين، علاجًا وحيدًا، لآدمي آخر فإن فعل الضرورة، وهو الاستقطاع بغرض الزرع، لا يباح إلا بإذن الشرع وإذن المعطي[2] كما لابد من إذن المريض الذي لا يمكن أن تتم عملية الزرع إلا بموافقته ولذا سوف نتناول ذلك خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: إذن الشـــرع.

المطلب الثاني: إذن المعطي (المتبرع).

المطلب الثالث: إذن المريـــض.

---

(١) الحق إما أن يكون حقًا خالصًا لله تعالى أو حقًا خالصًا للعبد أو حقًا مشتركًا (أي لله تعالى وللعبد).
والحق الخالص لله تعالى: يتمثل أساسًا في جميع العبادات الدينية والحدود، وهذا الحق لا خيرة فيه للمكلف ولا يسقط بإسقاطه، فلا يجري فيه العفو أو الإبراء أو الصلح.
وأما حق العبد، فهو ما يتعلق به مصلحة خالصة كحرمة مال الغير، وهذا الحق يسقط بإسقاط العبد، ويجوز فيه العفو والأداء والصلح.
أما الحقوق المشتركة (أي التي لله تعالى وللعبد) فقد يكون حق العبد فيها — بفضل الله — هو الغالب كحق القصاص، وقد يكون حق الله تعالى هو الغالب كحق الله تعالى في نفس المكلف وسلامة جسده، فنفس المكلف داخله في هذا الحق الأخير، إذ ليس للعبد المكلف حق التسلط على نفسه ولا على عضو من أعضائه بالإهلاك أو الإتلاف لأن حق الله تعالى في حياة المكلف وسلامة جسده إنما تقرر حتى يستطيع القيام بالتكاليف الشرعية، والواجبات المفروضة عليه، ونظرًا إلى اجتماعهما في هذا الحق الأخير — حق الله تعالى وحق العبد — فإن من يعتدي عليه فقد عصى الله تعالى وأذى العبد بانتهاك حرمته، ولذلك يجب القصاص، أو الدية لما فات من حق الإنسان (في النفس أو ما دون النفس) وتجب الكفارة جبرًا لما فوت من حق الله تعالى في هذه النفس المعتدى عليها.
راجع في هذا المعنى: الموافقات، للشاطبي، جـ١، صـ٢٢١، والتلويح على التوضيح لمتن التنقيح، لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود (مطبعة صبيح) جـ٣ صـ١٢٩، والفروق، للقرافي، جـ١ صـ١٤٠ وما بعدها، وبدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧ صـ٥٦، وقواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام جـ١ صـ١٨٣، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، د/ عبد الرزاق السنهوري جـ٣ صـ١٠٨، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين صـ٣٣ — ٣٥، وينظر في عرض ذلك: أحكام نقل الدم، د/ مصطفى محمد عرجاوي، مرجع سابق، صـ١٧٠، ١٧١.

(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، بند رقم (٦٢)، صـ١٢٨.
وينظر: نفس المعنى أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٧٠.

المطلب الأول

إذن الشرع

الشرع لا يأذن بنقل جزء من جسم المعطي إلى جسم المريض (المتلقي) إلا بضابط معين قوامه أن تكون المصلحة المترتبة على ذلك أعظم من المحافظة على حق الله في جسم المعطي، أما حق المعطي في سلامة جسده فإنه يستطيع أن يتصرف فيه في حدود كون المصلحة المترتبة على فعله، أعظم من مصلحة المحافظة على السلامة الجسدية للمعطي[1] ولكن علينا أن نضع في الاعتبار أنه في جميع الأحوال لا يجوز للفرد أن يضحي بحياته التي هي محل لحق الله تعالى وحق العبد، إنقاذًا لحياة إنسان مريض، وهكذا إذا جاز دخول السلامة الجسدية للمعطي في ميزان الترجيح بين المصالح فلا يجوز الموازنة بين حياة إنسان، للتضحية بها، وبين حياة آخر لإنقاذها[2].

فالشرع يطلب من الشخص التضحية ببعض من حقوقه لإنقاذ المضطر إذا كان ذلك لا يعود عليه بضرر أعظم من الضرر العائد على المضطر وهذا ما يتفق مع ما ذكره الفقهاء من وجوب رد مهجة المسلم، عند خوف الهلاك أو التلف، بالشيء الذي لا مضرة فيه على صاحبه، ويؤدي إلى بلوغ المرام[3]، وهذا الواجب يقع في ذمة الجماعة فرض كفاية، فإذا لم يكن هناك إلا شخص واحد بيده إخراج المضطر من حالته كان إنقاذه فرض عين على هذا الشخص[4]، ويقع على الجماعة أو على الشخص المعين أثم عدم إنقاذ المضطر وعليهم الضمان[5].

---

(١) كما أنه يستطيع التصرف فيه متى كان ذلك لا يؤثر في حق الله على جسده، أي لا يؤثر في قدرته على القيام بالتكاليف الشرعية المفروضة عليه، فلابد أن يتم التصرف والتنازل على وفق مقتضى شرع الله تعالى، بمعنى أن يتم في هذا التنازل مراعاة حق الله تعالى.
راجع في هذا المعنى: قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام صـ١٢٢.

(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين بند (٦٣) صـ١٢٩.
ولذا ذهب البعض إلى أن إذن الشرع هو الذي ينشئ سبب الإباحة المجردة للمساس بالجسد الإنسان، أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٧٠.

(٣) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي جـ٢ صـ٢٥٥.

(٤) يستوي في ذلك كما ذكر القرطبي في المرجع السابق، الماء وغيره مما يرد نفس المسلم ويمسكها.

(٥) المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي، د/ أحمد فتحي بهنسي، صـ٢٨٦، القاهرة، ١٩٦١م، ومسئولية الأطباء، الشيخ/ محمد عبد العزيز المراغي، مجلة الأزهر، المجلد ٢٠، صـ٦٩١، ط ١٣٦٨هـ، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٣٠.

وتطبيقًا لذلك، فإنه إذا كان إعطاء إنسان عضوًا من أعضائه لإنسان آخر مريض يترتب عليه إنقاذه من الهلاك، دون أن يؤدي إلى هلاك المعطي، فإنه يعد عملاً مميزًا للتضامن الإنساني[1]، ومعبرًا عن معاني الرحمة والمودة، ومن ثم متفقًا مع الكرامة الإنسانية وجديرًا في النهاية بإجازة الشرع[2] مع الأخذ في الاعتبار ضرورة وجود بعض القيود بحيث لا يؤدي التبرع إلى هلاك المعطي أو فقدانه لوظيفة تشريحية في جسمه فإذا تقيد استقطاع العضو من الإنسان بهذه القيود أمكن قبول تضحية المعطي في ميزان الضرورة لاختيار أهون الضررين أو ترجيح أعلى المصلحتين[3].

وإذا كان إذن الشرع يعتبر شرطًا أساسيًا وجوهريًا في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء، فإن سبب ذلك يكمن في الفائدة التي تعود على الفرد والمجتمع من قيامها بواجب المعالجة، ولأن عمل الطبيب والجراح يحفظ مصالحا راجحة تتمثل في صيانة الحياة والصحة، الأمر الذي يجعل منه ضرورة اجتماعية، مع ضرورة ملاحظة أن هذه الإباحة الشرعية لا تنتج أثرها الكامل إلا إذا جرى العمل الطبي في نطاق ضوابط أو قواعد تضمن عدم انحراف الطبيب عن الغاية التي من أجلها أبيح عمله[4]، وقد سبق أن تناولنا أحكام الشرع في هذا الشأن يمكن الرجوع إليها لعدم التكرار والإطالة[5].

---

(١) لجنة الفتوى بالأزهر، الفتوى رقم ٤٩٦ (غير منشورة) مشار إليها في: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، صـ١٣١، وهناك فتوى مشابهة لها في مسألة نقل القرينة، منشورة بمجلة الأزهر، المجلد ٢٠، صـ٧٤٤، ١٣٦٨هـ.

(٢) قواعد وآداب الطب الإسلامي، لمحمد قطب الدين، تقرير مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، الكويت، ١٩٨١م، صـ٢٢٩.

(٣) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٣١.

(٤) راجع: أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٧٢، ١٧٣,٢

(٥) راجع الفصل الأول من هذا الباب، صـ ٧٣ وما بعدها.

المطلب الثاني

إذن المعـــــطي

يستلزم الفقه الإسلامي لإباحة الاقتطاع من جسد المعطي أن يكون هذا الاقتطاع برضاء المتبرع والذي يجب أن يكون صادرًا عن إرادة حرة[1] وأن يكون المعطي أهلاً لهذا الرضا بأن يكون بالغًا عاقلاً وأن يصدر هذا الرضا من المعطي وهو على بينة من أمره[2] فإذا كان المعطي صغيرًا أو فاقداً للأهلية، فلا يجوز للولي الرضا بالاستقطاع من جسم القاصر أو من في حكمه ممن هم تحت ولايتهم إلا إذا تعلق الأمر باستقطاع عضو من أحدهم لزرعه في جسم أحد أشقائه أو شقيقاته[3] وذلك لأن رابطة القرابة القوية هذه تبرر الخروج على قاعدة إبطال التبرع بأجزاء الصغير بقدر ما يستهدف بالتصرف إنقاذ الحياة وما دام أنه لا يؤدي إلى إلقاء الصغير إلى التهلكة[4].

ورضاء المعطي لا يشترط فيه شكل معين، فقد يكون مكتوبًا أو شفويًا صريحاً أو ضمنيًا كل ما هنالك أنه لابد وأن يكون رضاؤه حراً وصريحاً في إفادة قبوله، وهو في جميع الأحوال يملك حق الرجوع في قبوله ولكن لابد من مجموعة شروط يجب أن تتوافر في هذا القبول وهي:

- أن يكون هذا القبول أو الرضا بهدف تحقيق غاية علاجية.
- أن لا يكون هذا القبول بهدف تحقيق ربح مادي.
- أن لا يترتب على هذا الاستقطاع ضرر فاحش بالمعطي.
- أن تكون المصلحة المترتبة على الزرع مصلحة جدية وراجحة.

وهذا ما نتناوله في الفروع التالية:

---

(١) أسئلة وأجوبة، د/ محمد المدني، منشور بملحق جريدة الجمهورية (القاهرة، ١٩٦٦/٤/٩م، العدد ١٩، صـ٧) مشار إليه الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، بند (٦٨) صـ١٣٧.

(٢) ويكون المعطي على بينة من أمره بتبصيره بنتائج الجراحة وأضرارها ومميزاتها وكل جوانبها حتى يستطيع أن يقرر قيامه بها من عدمه مع الأخذ في الاعتبار أنه يجوز له العدول عن رضائه ولا مسئولية عليه في ذلك، مثله في ذلك مثل الواهب الذي يستطيع الرجوع في هبته.
راجع: فتح القدير، جـ٧، صـ١٢٩، والفتاوى الهندية، جـ٢، صـ٢٩٦، ومجلة الأحكام العدلية م٨٦٢، ٨٦٤.

(٣) وذلك استنادًا إلى الأصل الذي يجري عليه الحنفية وهو: أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، وهذا يقتضي أن يكون للوصي التصرف في أطراف ممن هو تحت وصايته.
ينظر: المبسوط، للسرخسي، جـ٢٥، صـ١٦١، وحاشية ابن عابدين، جـ٥، صـ٣٧٧، حيث إن للوصي الحق في استيفاء القصاص فيما دون النفس نيابة عن الموصى عليه لأن القصاص يُنزل منزلة التصرف في الأموال، فتح القدير، جـ٥، صـ٢٦٣، وبدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ٢٩٧.

(٤) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٣٨.

الفرع الأول

أن يهدف الرضا إلى تحقيق غاية علاجية

إن أساس إباحة العمل الجراحي تكمن في القصد منه فإذا كان القصد منه رعاية مصلحة راجحة كرعاية ضرورة صحية لدى إنسان غير الإنسان الذي يقع على جسمه العمل الضروري[1]، فإن العمل الجراحي يكون مباحًا ولم يقيد الفقهاء المصلحة الراجحة أو الضرورة الصحية، التي يتوقف عليها صحة العقد الطبي، بتحققها في جانب شخص محدد دون آخر[2].

ولذا فإنه لكي يباح الاستقطاع من جسم المعطي فلابد أن يستهدف به رعاية المصلحة الصحية للمريض المتلقي وأن يكون ذلك ضروريًا[3]، ولابد أن تقدر الضرورة هنا بقدرها فلا يسمح بالاستقطاع إلا إذا تم بقدر ما تقتضيه ضرورة المحافظة على حياة المريض أو قيام جسمه بوظائفه الضرورية للمياه[4].

كما أنه يجب أن تكون المصلحة المتحققة للمريض عن طريق الزرع أعظم من المفسدة المترتبة على استئصال العضو من المعطي.

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٥، صـ٤١٢.

(٢) المجموع شرح المهذب، للنووي، جـ١، صـ١٣٢، مختصر المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٢٠م، جـ١، صـ٢٣٣.

(٣) أسئلة وأجوبة، د/ محمد المدني، مقال منشور بجريدة الجمهورية سابق الإشارة إليه.

(٤) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٣٩ وما بعدها.

الفرع الثاني

ألا يكون الرضا بهدف تحقيق ربح مادي

سبق وأن ذكرنا أن الفقهاء أجمعوا[1] على أنه لا يجوز بيع أجزاء جسم الإنسان أو شراؤها وبالتالي فإن جواز نقل وزرع الأعضاء إنما أبيح من أجل غايات نبيلة بعيدة عن مجال الربح[2] فهي إنما شرعت من أجل الضرورة وبالتالي فيجب أن لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية ومما يتعارض مع هذه الكرامة أن يعلق المعطي رضائه بالاستقطاع من جسمه على قبض الثمن[3]، وقد ذكرنا سابقًا أنه لا يجوز بيع أعضاء جسم الإنسان وهذا العمل إنما يتم إذا كان على سبيل التبرع[4].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٥ صـ٥٠ وما بعدها، فتح القدير، لابن الهمام، جـ٥، صـ٢٠٥، بدائع الصنائع. للكاساني، جـ٥، صـ١٤٢، ١٤٥مواهب الجليل للحطاب، جـ٤، صـ٢٥٣، ٢١١، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد جـ٢ صـ١١١، والمجموع شرح المهذب، للنووي جـ٩ صـ٢٤٢. ومغني المحتاج، للشربيني جـ٢ صـ٤٠، وكشاف القناع، للبهوتي جـ٣ صـ١٥٧، والمغني، لابن قدامه جـ٤صـ٢٨٨، والمحلى، لابن حزم جـ٩ صـ٦٣٠. والبحر الزخار، للمرتضى، جـ٤ صـ٣٠٦، والمختصر النافع، للحلي، صـ١٤٣.

(٢) وإذا كان البعض يرى أنه يجوز بيع العضو المستقطع من الجثة شريطة أن يخصص الثمن للوفاء بنفقات الدفن، ينظر: تحرير الوسيلة للخميني جـ٢، العراق، ١٩٧٠م، صـ٦٢٥، المسألة السابعة، ولكن هذا الرأي لا يعارض الإجماع كما أن أصحابه يعترفون بأن هذا المال له طبيعة خاصة تمنع انتقاله إلى الورثة. إلى جانب أنه لا يصلح للعمل به في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والتي تقوم على تكريم الإنسان وصيانته حياً وميتاً، إلى جانب ما تهدف إليه من مبادئ الأخوة والتكافل. فإذا لم يجد الميت من يكفنه ويتكفل به، فيكون ذلك فرضاً على جميع المسلمين.

(٣) فعملية نقل وزراعة الأعضاء قائمة على مبدأ الإيثار والتراحم والتآخي والسعي في إنقاذ النفوس من الهلاك لأن في إحيائها إحياء للناس جميعًا ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه الغايات النبيلة إلى وسيلة للكسب والتربح. ينظر: في عرض ذلك: أدلة القائلين بجواز نقل الأعضاء، الباب الأول.

(٤) وهناك من يرى مع أنه لا يجوز للمعطي أن يعلق تبرعه على قبض الثمن ولكن لا مانع من أن يوضع نظام عام يمكن بمقتضاه مساعدة المتبرع ماليًا عما يفوته من منافع بسبب الاستقطاع ولكن هذه المساعدة لا تكون مقابل العضو المستقطع وإنما تصدر لاعتبارات إنسانية لأن القول بغير ذلك معناه إجازة الاتجار في أجزاء الآدمي الأمر الذي يصيب الكرامة الإنسانية في الصميم.
ينظر في ذلك: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٤٢، بند (٧١).

الفرع الثالث

ألا يترتب على الاستقطاع ضرر فاحش بالمعطي

لا يسمح بالاستقطاع إلا بالنسبة للأعضاء التي لا يترتب عليها ضرر للمعطي ولذا فإنه لا يمكن قبول رضا المعطي باستقطاع عضو تتوقف عليه حياته كالقلب مثلاً لأن الشرع عندما أقام مبدأ التساوي بين بني آدم معصومي الدم[1] لم يسمح أن يقتل أحدهم لإحياء آخر[2].

كما أنه لا يُسمح باستقطاع العضو المزدوج في حالة كون العضو الآخر المتبقي غير قادر على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستقطع فمتى كان استقطاع أحد العضوين يؤثر على العضو المتبقي في جسم المعطي فلا يباح الاستقطاع[3].

ومرجع ذلك في الفقه الإسلامي هو حماية المنافع في حد ذاتها[4]، ولذا فإنه لكي يجوز رضاء المعطي بالاستقطاع، فيجب أن لا يترتب عليه تعطيل منافع العضو لأنه لا يقبل أن يُجلب الضرر على المعطي من أجل دفعه عن المريض لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[5] لذلك يجب اتخاذ الاحتياطات الطبية لدى المعطي حتى يكون هامش الخطر ضعيفاً جدًا[6].

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوي، عبد العزيز البخاري، القاهرة، ١٣٠٧هـ، جـ٤، صـ١٥٠٧، ومبدأ التساوي بالنسبة لمعصوم الدم، أما مهدر الدم فلا حرمة لحياته لأنها مستحقة الإزالة أصلاً، راجع: قواعد الأحكام، لابن عبدالسلام، جـ١، صـ٩٠.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ١٧٧، البحر الرائق، جـ٨، صـ٧٤، حاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٢٥.

(٣) فالعبرة في الإباحة هي عدم تأثير العضو المستقطع على العضو الآخر وإن كان هناك من الفقهاء من استخدم نتائج التشريح للقول بأن قوة إبصار أحد العينين، عند قلعها، تنتقل إلى الأخرى لأن مجرى النور الداخلي مشترك بينهم مع اختلاف اتجاه النظر الخارجي، الفروق، للقرافي، جـ٣، صـ١٩١، كما أن هناك من اتخذ من استمرار الوظيفة التشريحية لجزء من الجسم أو عدم استمرارها معيارًا لمدى إباحة استقطاعه، إذا ما طرأ ما يجعله سببًا للآلام لصاحبه، لذلك لا يباح استقطاع جزء من الآدمي قطعًا لأنه إذا كان القطع مفوتًا لأصل منفعته، قواعد الأحكام، لابن عبدالسلام، جـ١، صـ٩٠.

(٤) ومرجع ذلك أن الفقهاء لم يلزموا المعتدي على عضو بالضمان إلا إذا زالت منفعته، أما إذا تجدد العضو وتجددت منافعه فلا شيء على المعتدي. ينظر: المبسوط للسرخسي، جـ١٥، صـ١٢٥، وفتح القدير، جـ٨، صـ٣١٠، ٣٨٤، ومجمع الضمانات على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للشيخ محمد بن غانم بن محمد البغدادي، المطبعة الخيرية، سنة ١٣٠٨هـ، صـ١٧٠، وحاشية ابن عابدين، جـ٥، صـ٤٠٩.
كما أن الضمان يقع في ذمة المعتدي إذا فاتت منفعة العضو وإن بقيت صورته. بدائع الصنائع ٣٠٧/٧، ٣١١، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، جـ٧، صـ٣١٦، الفروق، للقرافي، جـ٥، صـ١٩١.

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ ٨٤ وما بعدها , المنثور في القواعد، للزركشي، جـ٢، صـ٣١٧ وما بعدها.

(٦) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٤٥.

الفرع الرابع
أن تكون المصلحة المترتبة
على الزرع مصلحة جدية وراجحة

وهذا الأمر يتعلق إلى حد ما بسلوك الطبيب الذي يجب أن ينبه المتبرع إلى أي حد يمكن أن يستفيد المتلقي (المريض) من عملية الزرع بأن تكون مصلحة المريض راجحة وذلك إذا كانت مخاطر الزرع لديه أقل من الضرر المترتب على التطور التلقائي للمرض المراد علاجه[1] كما يجب أن تكون مزايا الزرع أعظم من مخاطره عند المتلقي وذلك كله ما تقضيه قاعدة ترجيح المصلحة إذا كانت أعظم من المفسدة التي تقابلها، وهي القاعدة التي تسري على زرع العضو باعتباره عملاً جراحيًا[2].

ففي جميع الأحوال يجب أن تكون المصلحة المترتبة على الزرع لدى المتلقي جدية وراجحة، وهي تكون جدية إذا ثبت من جانب أن الزرع يعد وسيلة ضرورية لعلاجه[3] ومن جانب آخر أنه منتج للغاية على سبيل الظن الغالب[4]، وهذا كله مرجعه إلى مدى تقدم الطب ونتائج الجراحة في الحالات المماثلة، والتي أثبتت في مجال زراعة الكبد تطوراً كبيراً ونتائجاً مذهلة.

---

(١) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، بند (٧٤)، صـ١٤٦.

(٢) وهناك تطبيقاً لذلك لدى الفقهاء في حالة ما إذا تعلق العمل الجراحي بشخص واحد حيث يجوز استقطاع عضو إذا كان فيه إنقاذ للنفس ولكن بشرط أن يكون الضرر الناتج عن القطع أقل من الضرر المترتب على عدم القطع، ينظر: قواعد الأحكام، لابن عبد السلام، جـ١، صـ٨٧، جـ٢، صـ٨٣.

(٣) تحرير الوسيلة، للخميني، جـ٢، صـ٦٢٤، مسألة رقم (٣).

(٤) فتوى الشيخ أحمد هريدي في أسئلة وأجوبة، مجلة الشبان المسلمين (القاهرة)، ١٩٦٩م، العدد (١٥٢) مشار إليه الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٤٥، هامش (٥٠٤).

المطلب الثالث

إذن المريـــض

لا يجوز للطبيب الجراح أن يقوم بفعل الجراحة إلا بموافقة المريض ولا سيما وإذا كان الأمر يتعلق بعملية نقل أو زرع عضو مهم كالكبد ففي هذه الحالة يشترط لجواز فعل الجراحة الطبية أن يأذن المريض بفعلها[1] فإذا تدخل الطبيب أو الجراح بدون إذن المريض، وبدون ضرورة توجب التدخل الطبي أو الجراحي بصفة استثنائية حقت عليه المسئولية[2]، ويمكن لنا أن نجد سندًا لذلك في الفقه الإسلامي من خلال ما تعرض له الفقهاء من اعتبار إذن المريض، أو وليه ومن ذلك ما ذكره الإمام ابن قدامة بقوله: "وإن ختن صبيًا بغير إذن وليه، أو قطع سِلْعَةً من إنسان بغير إذن أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن، لأنه قطع غير مأذون فيه، وإن فعل ذلك الحاكم، أو من له ولاية عليه، أو فعله من أُذِنَ له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعًا"[3].

فقد أشار الإمام ابن قدامة – رحمه الله – إلى اعتبار إذن المريض بقوله "أو قطع سِلْعَةً من إنسان بغير إذنه" كما أشار إلى إذن الولي الخاص في حالة عدم أهلية المريض بقوله "وإن ختن صبيًا بغير إذن وليه ... أو من صبي بغير إذن وليه".

والحقيقة أن الذي يقوي ويعزز رضاء المريض وإذنه في قول الإمام الجليل هو ربطه بين الإذن وبين الضمان حيث إنه أوجب الضمان في سراية القطع إذا وقع بدون إذن المريض أو وليه وعلل إيجاب الضمان بكون القطع غير مأذون فيه، وأسقط الضمان في حالة توافر الإذن وعلل ذلك بكونه قطعًا مأذونًا فيه شرعًا، وهذا يدل دلالة واضحة على اعتبار شرط الإذن بفعل الجراحة لازمًا لكي يحكم بجوازها[4].

ولكي نستطيع الوقوف على حقيقة رضاء المريض لابد من التعرض لأمرين وهما:

- أهلية المريض.
- وشروط رضاء المريض.

---

(١) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٧٢.

(٢) ينظر: الوجيز، للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، الشافعي، طبعة ١٣١٧هـ، القاهرة، جـ ١، صـ١٣٣، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للإمام الشوكاني، طبعة ١٣٢٧هـ، القاهرة، صـ١٠، وراجع في ذلك: أحكام نقل الدم، لأستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٧٤.

(٣) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢١.

(٤) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٧٣.

الفرع الأول
أهليـة المريـض

يعتبر المريض صاحب القرار النهائي بالنسبة لقبول الجراحة بنقل وزرع الأعضاء وذلك متى كان أهلاً لهذا القبول والرضاء، ولذا فإنه لا يعتد بإذن أي شخص سواه متى تحققت فيه الأهلية والقدرة على إبداء الإذن بالجراحة، وتتحقق هذه الأهلية بوجوب توافر أمرين[1]:

أحدهما: البلوغ. والثاني: العقل.

فمتى كان الشخص المريض بالغًا عاقلاً وأذن بفعل الجراحة فلا يلتفت إلى أي شخص غيره، وعلى العكس لو امتنع المريض عن قبول الجراحة وأذن غيره من أوليائه، فلا عبرة بإذنهم وموافقتهم متى كان المريض أهلاً للإذن قادرًا على إبدائه، فإذن المريض مقيد بصدوره من ذوي الصفة والأهلية[2].

وقد نص الفقهاء – رحمهم الله – إلى اعتبار أهلية الشخص الآذن بالجراحة ومنهم العلامة منصور بن إدريس البهوتي – رحمه الله – حيث ذكر في معرض بيانه لعلة عدم إجبار المريض على قلع ضرسه إذا امتنع منه، فقال: "... لأن إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضررًا، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك"[3].

فيستفاد من قوله – رحمه الله – "إذا كان أهلاً لذلك" إلى اعتبار رضاء المريض وإذنه متى كان أهلاً لهذا الرضا وذاك الإذن وعدم الاعتداد بالرضا إذا لم يكن أهلاً لذلك.

---

(١) أشار إلى هذين الأمرين، الإمام ابن القيم – رحمه الله – بقوله "... فإن كان بالغًا عاقلاً لم يضمنه، لأنه أسقط حقه بالإذن فيه، وإن كان صغيرًا ضمنه، لأنه لا يعتبر إذنه شرعًا ..." فأشار رحمه الله إلى أهلية الشخص بذكر شرطيها البلوغ والعقل. ينظر: تحفة المودود بأحكام المولود، للإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، المتوفى سنة ٧٥١هـ، صـ١٥٣، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.

(٢) أحكام نقل الدم، استاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ١٧٤.

(٣) كشاف القناع، للبهوتي، جـ٤، صـ١٠.

وبالتالي فإنه لا يعتد برضاء الصبي ولا المجنون[1] ولا السكران فلا يجوز للجراح أن يقوم بالجراحة استنادًا إلى إذن أيٍ من هؤلاء وهنا تُثار مشكلة القبول عند عديمي الأهلية.

عديم الأهلية:

بالنظر في قواعد الفقه الإسلامي نجد أنها اعتبرت الولاية على الغير في حال عجز ذلك الغير عن النظر في مصالحه[2]، وهذا من رحمة الله سبحانه وتعالى على عباده لأن الشخص عديم الأهلية يحتاج إلى من يرتب حياته ويتولى رعايته وحمايته.

وهذا ما أقره الفقهاء — رحمهم الله — في عبارتهم من خلال إقرارهم لمبدأ الولاية على المريض في حال عدم أهليته للإذن بالجراحة ويظهر ذلك جلياً من خلال قول الإمام ابن قدامة — رحمه الله —: "وإن ختن صبيًا بغير إذن وليه، أو قطع سِلْعَةً من إنسان بغير إذنه، أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جناية ضمن، لأنه قطع غير مأذون فيه"[3].

فقد اعتبر هذا الإمام الجليل ختان الصبي وقطع السِلْعَةَ منه بغير إذن وليه جناية، وبالتالي فإذا تحقق الرضا أو الإذن من جانب الولي جاز الأمر وهذا يدل على اعتبار إذن ولي المريض بالجراحة إذا كان المريض غير أهل بأن كان صبيًا[4].

واعتبار إذن الولي ورضائه يدل على سمو وعظمة الفقه الإسلامي نظرًا لحرصه على رعاية مصالح عديمي الأهلية، لأنه لو ترك الأمر لهم في إعطاء الإذن بالجراحة لأدى

---

(١) والمراد بالجنون هنا: من كان جنونه مطبقًا، أما من كان جنونه غير مطبق بأن كان يفيق أحيانًا ويجن أحيانًا، فإنه يعتبر إذنه ورضائه حال إفاقته دون حال جنونه.

(٢) ويظهر هذا واضحًا في اعتبار الشرع الولاية على الصبي والمجنون والسفيه قال تعالى: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا" (سورة النساء من آية ٥)، وقال سبحانه: "وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ" (سورة النساء من آية ٦)، كما أقر الفقهاء الحجر على الصغير والمجنون والسفيه وإن كان هناك خلافًا في الحجر على السفيه البالغ، راجع في ذلك: تكملة البحر الرائق، للطوري، جـ٨، صـ٨٩، وحاشية الدسوقي، جـ٣، صـ٣٤٦، ونهاية المحتاج، للرملي، جـ٤، صـ٣٤٢، ٣٤٣، والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٤، صـ٥٠٨ — ٥١٠.

(٣) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢١، وورد في الفتاوي الهندية أيضًا ما يشهد باعتبار الولاية على الصبي، وأن فقدها موجب لتضمين الخاتن، الفتاوى الهندية، جـ٥، صـ٣٥٧.

(٤) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ١٦٣.

ذلك إلى حصول الضرر لهم في الجراحة التي أذنوا بفعلها[١]، ولو قيل لا يحق لهم الإذن ولا يجوز لغيرهم أن يأذن ويرضى نيابة عنهم لأدى ذلك إلى إهلاكهم بالمرض فكان إقرار الفقه الإسلامي لإذن ورضاء الولي منهجًا وسطًا لتحقيق المصالح ودرء المفاسد.

ولكن منّ من الأقارب الذي يتولى الإذن والرضا بفعل الجراحة وكيف يمكن ترتيبهم ؟

ترتيب الأولياء

ينبغي لكي يكون الرضا الصادر عن عديم الأهلية صحيحًا ومنتجًا لآثاره أن يكون صادرًا ممن له حق النيابة عنه ولا شك أن الأقارب هم أحق الناس بالإذن بفعل الجراحة اللازمة لمريضهم، لأنهم بالتأكيد أحرص الناس على المصلحة ودفع الضرر عنه، ولكن الأقارب تختلف درجاتهم ومراتبهم من حيث القرب، ولذا فإنه ينبغي أن يراعى في الإذن بالجراحة درجة القرابة فيكون الأبناء هم الأولى بالرضا لأنه كما هو معلوم شرعًا أن التعصيب بالبنوة مقدم على التعصيب بالأبوة[٢] ثم يلي الأبناء الآباء ولكن الأب يقدم على الأم لأن ولايته أقوى وهذا ما اعتبره فقهاء الحنفية — رحمهم الله — حيث اعتبروا وصى الأب قائمًا مقام الأب في الإذن بختان الصبي، ولم يعتبروا لوصي الأم حقًا في الإذن به[٣].

ثم يأتي بعد الأب الجد وإن علا، ثم الأخوة الأشقاء، ثم الأخوة لأب، ثم بنو الإخوة الأشقاء، ثم بنو الإخوة لأب، ثم الأعمام الأشقاء، ثم الأعمام لأب، ثم بنو الأعمام الأشقاء، ثم بنو الأعمام لأب[٤].

وهذا الترتيب الذي اتبعه الفقهاء — رحمهم الله — في الإرث مبني على مراعاة قوة التعصيب[٥].

---

(١) لأن عديم الأهلية جاهل بمصلحته فلو ترك له أمر الإذن بالجراحة من عدمه قد يختار على وجه يضر بمصلحته نظرًا لقصوره العقلي الأمر الذي يستلزم وجود من ينوب عنه.

(٢) ويظهر هذا جليًا في الميراث حيث إن الابن يحجب الأب حجب نقصان ولا يحجبه الأب، مصداقًا لقوله تعالى: "وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞ" (النساء الآية من آية ١١).

(٣) الفتاوى الهندية، جـ٥، صـ٣٥٧.

(٤) ينظر في عرض هذا الترتيب: أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي صـ١٦٤، ١٦٥.

(٥) شرح الرحبية للشيخ عطية القهرفي، المسمى بسبط المارديني، ط الثانية، ١٤٠٤هـ، بتعليق د/ مصطفى ديب البغا، دار القلم بدمشق، صـ٨٣.

والحقيقة أن الفقهاء قد اتبعوا نفس المنهج ونفس الترتيب في بعض المسائل الأخرى مثل مسألة تكفين الميت وغسله والصلاة عليه[1]، وبالتالي فإنه لا مانع مطلقًا من السير على نفس المنهج في مسألة الرضا عن المريض عديم الأهلية وأن يتم تقديم الأولياء وترتيبهم وفقًا لدرجة القرابة حتى تتحقق الفائدة.

ولذا فإنه لا يجوز الرجوع إلى القريب البعيد للحصول على رضائه مع وجود من هو أقرب منه للمريض فلا يرجع للأعمام وللأخوة في حالة وجود الابن للمريض أو في حالة وجود الأب، ولا أثر لقبول القريب البعيد مع وجود من هو أقرب منه إذ العبرة بالأقرب.

---

(١) المغني لابن قدامة، جـ٢، صـ٤٨٢، المقنع، للإمام ابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، سنة ١٤٠٠هـ، جـ١، صـ٢٧٠، ٢٧١، والمبدع في شرح المقنع، للعلامة أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح، المتوفى سنة ٨٨٤هـ ط الأولى، المكتب الإسلامي ببيروت، سنة ١٣٩٩هـ، جـ٢، صـ٢٢٠، وشرح الخرشي على مختصر خليل، للإمام أبو عبد الله محمد الخرشي، الطبعة الأولي بالمطبعة العامرة بمصر، سنة ١٣١٦هـ، جـ٢، صـ٤٧، حواشي الشرواني والعبادي على التحفة، جـ٣، صـ١٠٠.

الفرع الثاني

شروط رضاء المريض

لابد أن تتوافر مجموعة من الشروط والضوابط في قبول المريض ورضائه بنقل وزراعة الأعضاء تتمثل هذه الشروط في مجملها بتبصير المريض ونصحه من ناحية وسلامة قبوله من ناحية أخرى ولذا فإننا سوف نتناول هذه الشروط بشيء من التفصيل المناسب.

أولاً: تبصير المريض ونصحه

من أهم الواجبات التي تقع على عاتق الطبيب الجراح أن يقوم بتبصير ونصح وإرشاد المريض فيرشده إلى اختيار الأصلح، ويبين له الأضرار المترتبة على عدم إجراء الجراحة، والفوائد التي يمكن أن تعود عليه من جرائها، وهذا الالتزام من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق الأطباء، فإذا كان الفقه الإسلامي يجعل من حق المسلم على أخيه المسلم أن ينصح له فيرشده إلى أصلح الأمور، وخير حاله في الدنيا والآخرة، لما ورد من حديث تميم الداري رضي الله عنه أن النبي - ﷺ - قال: " الدِّينُ النَّصِيحَةُ قُلْنَا لِمَنْ؟ قَالَ لِلَّهِ وَلِكِتَابِهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِأَئِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ"[1].

كما ثبت في الصحيحين من حديث جرير بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: " بَايَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى إِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ وَالنُّصْحِ لِكُلِّ مُسْلِمٍ".[2]

فإذا كان النصح واجباً للمسلم على أخيه المسلم في الأمور العادية فهو وبلا شك أكثر إلزامًا وأشد وجوبًا في حالة المريض لأنه وكما هو معلوم فإن المريض في الغالب يجهل المعلومات الطبية والآثار الجانبية للجراحة والأخطار التي يمكن أن تقع ولذا فإنه على الأطباء ومساعديهم بذل النصح للمريض والتجرد من المغريات الدنيوية حتى لو أدى الأمر به على أن يدله على غيره لأنه أكثر خبرة ودراية وعنده من الأجهزة والمعدات ما يستطيع أن يشخص بها المرض على نحو فعال ومثمر، كما أن عليه أن يدله على العلاج

(١) صحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: بيان أن الدين النصيحة، جـ١، صـ٣٤، رقم (٨٢).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب: النصيحة لله ورسوله ولائمة المسلمين وعامتهم، جـ١، صـ٢٠، ٢١، رقم (٥٥).

الأخف ضررًا فلا يلجأ إلى الجراحة إلا إذا كانت هي البديل الوحيد، فلا يحق للطبيب أن يهون أمر الجراحة في نظر المريض ليدفعه إليها لأنها تحقق له الربح وعنده البديل وإلا كان ذلك غشًا وافتراءً واحتيال وقد نهانا عنه الرسول الكريم ﷺ بقوله: "مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا "[1].

ثانياً: أن يكون رضاء المريض حرًا

لابد لكي تكون الجراحة بنقل وزراعة الكبد صحيحة أن يكون المريض قد أذن بالجراحة وهو طائعًا مختارًا، فإذا أكره المريض على قبول الجراحة، فلا يصح رضائه ولا يقبل إذنه بفعل الجراحة لأنه لا يعتد بقوله الذي أكره عليه[2].

فالمريض بالنسبة للطبيب متعاقد يرتبط معه بعقد إجارة ولابد أن تحصل موافقة الطرفين بمحض اختيارهما دون إكراه، وهذا مبني على ما نص عليه الفقهاء — رحمهم الله — من اشتراط الرضا في المتعاقدين على الإجارة[3].

قال الإمام الكاساني — رحمه الله — عند بيانه لشروط صحة الإجارة ما نصه: "... أما الذي يرجع[4] إلى التعاقد، فرضا المتعاقدين، لقوله تعالى: "يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ" (سورة النساء الآية ٢٩)، والإجارة تجارة ... إلخ"[5].

وبالتالي فإنه يحرم على الجراح أن يفعل الوسائل الموجبة لإكراه المريض على الموافقة[6] أيًا كانت هذه الوسائل سواء ما كان يتعلق بها بالتشخيص الخاطئ للمرض

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب: قول النبي من غشنا فليس منا، جـ١، صـ٥٨، رقم (١٤٦).

(٢) والأصل في عدم اعتبار قول المكره الذي أكره عليه، قوله تعالى: "مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ" (سورة النحل من الآية ١٠٦)، فقد دلت هذه الآية الكريمة على أن من أكره على قول ما يوجب الكفر، وقلبه مطمئن بالإيمان أنه لا يعتبر كافرًا، فاعتبرها العلماء — رحمهم الله — أصلا في عدم مؤاخذة المكره بقوله الذي أكره عليه، لأنه إذا كان الإكراه موجبًا لسقوط المؤاخذة فيما هو من أصول الدين، فإنه من باب أولى أن يكون مسقطًا لها فيما هو من فروعه.

ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ١، صـ١٨١، ١٨٢.

(٣) الفتاوى الهندية، جـ٤، صـ٤١١.

(٤) أي من شروط الصحة.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني، جـ٤، صـ١٧٩.

(٦) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد المختار الشنقيطي، صـ٤١٥.

حتى يدفعه لقبول الجراحة أو تخويفه بأنه سيموت إذا لم يفعل الجراحة ويكون الواقع بخلاف ذلك.

وقد ورد في أقوال الفقهاء رحمهم الله ما يؤيد عدم جواز إجبار المريض وذلك من خلال ما نصوا عليه: من أن الطبيب لا يجوز له أن يجبر المريض إذا استأجره لقلع ضرسه أو سنته الموجعة، ثم امتنع المريض من تمكينه من فعل الجراحة مع وجود الألم، قال الخطيب الشربيني – رحمه الله –: "... فإن لم تبرأ[1] ومنعه من قلعها لم يجبر عليه"[2].

فقد حكم الفقهاء هنا بعدم إجبار المريض على خلع ضرسه مع وجود السبب الموجب لفعلها وهو الألم وهذا يدل دلالة واضحة على أنه ليس من حق الطبيب الجراح أن يقدم على القيام بالجراحة دون إذن ورضاء المريض.

ثالثًا: شـكل الرضا

تعرضنا سابقًا لوجوب أن يكون الإذن بنقل وزراعة الكبد صادرًا من المريض أو من ينوب عنه كالولي في حالة عدم أهليته، أو من الحاكم في حالة عدم من ذكر[3].

كما أنه لابد وأن يتوافر في المريض أو وليه الأهلية في الإذن بالجراحة، والذي يعنينا هنا هو شكل هذا الإذن، والحقيقة ان الرضا بالجراحة لابد وأن يكون مبنيًا على الوضوح فلابد أن يكون إذن المريض صريحاً في فعل الجراحة، ولا يكفي أن يثبت الطبيب أن المريض طلب منه علاجه بالدواء، وأن ذلك تضمن الإذن بالجراحة فهذا يعتبر اعتذارًا مردودًا[4] لأنه شتان ما بين الدواء العادي والعمل الجراحي فهذا شيء وهذا شيء آخر.

---

(١) أي السن الوجعة.

(٢) مغني المحتاج، للشربيني، جـ٢، صـ٣٢٤، وقد نص على هذا الحكم غيره، ينظر: روضة الطالبين، للإمام أبي بكر يحي بن شرف النووي الدمشقي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ، ط المكتب الإسلامي، جـ٢، صـ٣١٥، ونهاية المحتاج، للرملي، جـ٥، ٢١٧، وأسنى المطالب للأنصاري، جـ٢، صـ٤٠٩، شرح الأنصاري على متن البهجة، والمسمى بالغرر البهية شرح البهجة الوردية، للإمام أبي يحي زكريا الأنصاري، طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٨هـ، جـ٣، صـ٣١٨، والمبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١٠٣.

(٣) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢١.

(٤) أحكام الجراحة الطبية د/ محمد الشنقيطي صـ١٦٧.

ودلالة رضاء المريض لابد أن تكون صريحة كقوله للطبيب الجراح أذنت لك بفعل الجراحة، أو افعل لي جراحة كذا، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة صراحة على قبوله، وقد يكون الرضاء بصيغ مشتملة على أفعال تقوم مقام الرضا الصريح كأن يهز المريض رأسه علامة على رضاه.

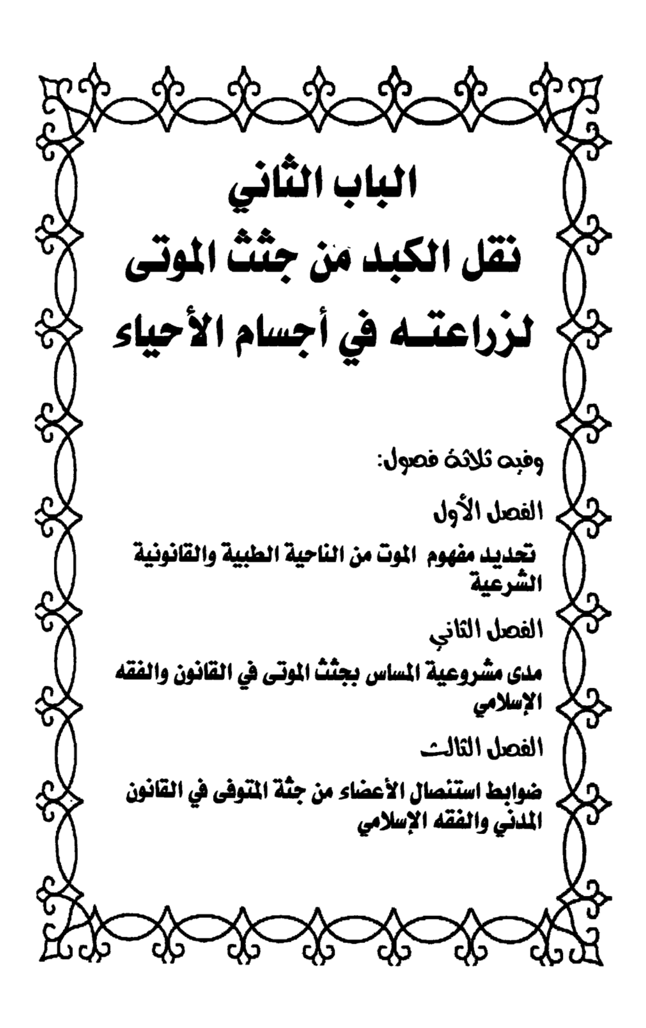
ولا مانع هنا مطلقًا من أن يحرص الطبيب على الحصول على رضاء المريض بصورة تعفيه من المسئولية، كأن يكون القبول كتابة أو أمام شهود، وذلك حتى لا يقع تحت المسئولية إذا هو قصر في ذلك، لأن الفقهاء – رحمهم الله – قد اعتبروا هذه المسئولية حينما نصوا على أن الحجام، والختان يضمن كل منهما سراية القطع والجرح إذا أقدما على فعل الختان، والحجامة بدون إذن المريض[1].

صفوة القول:

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء من الجانبين الشرعي والقانوني نستخلص أنه يلزم للمساس بجسد الشخص من أجل عملية زراعة الكبد أو الأعضاء الأخرى أن يكون هناك رضاء من جانب المتبرع ومن جانب المريض، ولابد أن يكون هذا الرضا سليماً أي خالياً من عيوب الإرادة، وأن يكون ثابتاً بالكتابة لأنها هي الضمانة على حصول الرضا الصحيح إذ إن مجرد طلب الموافقة الكتابية من المتبرع كفيل بأن يعلم أن الأمر خطير ويحتاج إلى موافقة من نوع خاص، وكذلك الأمر بالنسبة للمريض، كما أن الكتابة ضمانة ضرورية للطبيب حتى يُقدم على العمل وهو مطمئن، كما أنه يلزم على رأي فقهاء الفقه الإسلامي أن يكون العمل الطبي موافقاً للضوابط الشرعية أو بعبارة أخرى ضرورة توافر إذن الشرع .

---

(١) الفتاوى الهندية، جـ٥، صـ٣٥٧، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للإمام برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، الطبعة الأولى، الطبعة العامرة بمصر سنة ١٣٠١هـ، جـ٢، صـ٢٤٣، والمغني والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢١، وكشاف القناع للبهوتي، جـ٤، صـ٢٧، منار السبيل في شرح الدليل، للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، جـ١، صـ٤٢٢، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة السادسة، المكتب الإسلامي، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، للشيخ عبدالقادر بن عمر الشيباني، جـ١، صـ١١٢، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٤هـ، بهامش الروض المربع.



الباب الثاني

نقل الكبد من جثث الموتى لزراعتــه في أجسام الأحياء

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول

تحديد مفهوم الموت من الناحية الطبية والقانونية الشرعية

الفصل الثاني

مدى مشروعية المساس بجثث الموتى في القانون والفقه الإسلامي

الفصل الثالث

ضوابط استئصال الأعضاء من جثة المتوفى في القانون المدني والفقه الإسلامي

الفصل الأول
تحديد مفهوم الموت
من الناحية الطبية والقانونية والشرعية

لما كان الحكم على الشئ فرعاً عن تصوره، فإنه يلزم لمعرفة مفهوم وحقيقة الموت أن نتعرف على الآراء الطبية والقانونية والشرعية التي تعرضت لمفهوم الموت، وحتى يتسنى لنا بناءً على ذلك ترتيب الحكم الشرعي والقانوني الصحيح بخصوص المساس بجثة المتوفى، لأنه ليس من المقبول ولا الجائز المساس بجسم الشخص واقتطاع أعضائه إلا بعد التأكد من مفارقة روحه للجسد، ومن أجل الوصول إلى المفهوم الصحيح للموت فإن الأمر يستلزم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول : مفهوم الموت عند الأطباء.

المبحث الثاني : مفهوم الموت من الناحية القانونية.

المبحث الثالث : مفهوم الموت في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

مفهوم الموت[1] عند الأطباء

من الملاحظ أنه حتى عام ١٩٦٨م لم تكن هناك حاجة ملحة لتحديد معنى الموت، إلى أن بدأ نظام زرع الأعضاء وبخاصة نقل القلب من الموتى موتاً كاملاً، حيث أحدثت جراحات الطبيب الشهير د/كريستان برنارد، في جنوب أفريقيا صداً هائلاً بنقل القلب من شخص ميت إلى آخر مريض، ثم توالت الأحداث وجراحات زراعة الأعضاء، وبدأ الانتباه إلى حالة هؤلاء المنقول منهم الأعضاء، هل هم موتى حقيقة ، أم شبه موتى؟[2] ، ولمعرفة مفهوم الموت عند الأطباء فإنه ينبغي التعرض لأنواع الحياة الإنسانية ومفهوم الموت وعلاماته لدى الأطباء في المطالب التالية:

المطلب الأول: أنواع الحياة الإنسانية عند الأطباء.

المطلب الثاني: مفهوم الموت وعلاماته عند الأطباء.

المطلب الثالث: معايير الموت عند الأطباء.

---

(١) ثار جدل كبير بين الأطباء بشأن تحديد مفهوم الموت من الناحية الطبية، ونظرا لأهمية تحديد هذا المفهوم من أجل خدمة هذا البحث، فقد آثرت أن يكون اتجاهي للكتابة في هذا الموضوع من الناحية الطبية مرتكزا على الندوات الطبية المتخصصة، والتي تجمع عدد كبير من الأطباء المختصين، حتى أستطيع من خلال بحوثهم ومناقشاتهم أن أخرج بالرأي المعتمد والصحيح من وجهة النظر الطبية، وقد لفت انتباهي ما قامت به المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية من جهد واضح في هذه المسألة، من خلال دراستها لهذا الموضوع حيث تناولت هذا الموضوع في ثلاث ندوات هي:
١ – الندوة الثانية للمنظمة بعنوان: "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها" سنة ١٩٨٥م.
٢– الندوة الرابعة للمنظمة بعنوان: "السياسة الصحية ـ الأخلاقيات والقيم الإنسانية" سنة ١٩٨٨ م.
٣– الندوة التاسعة للمنظمة بعنوان: "التعريف الطبي للموت" سنة ١٩٩٦م، ودعت في هذه الندوة العديد من الأطباء من مصر ومختلف دول العالم الإسلامي، وقد استندت في هذا المبحث لما ورد في هذه الندوات من آراء ومناقشات.

(٢) مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورات العلاجية في ضوء الشريعة الإسلامية ، د/جودة عبدالغني بسيوني، ص١٠ – ١١.

المطلب الأول

أنــواع الحيـاة الإنســانية عند الأطباء

مظاهر الحياة الإنسانية :

إن الحياة الإنسانية لها مظاهرها في الإنسان الحي[1] والموت يعني انتهاء هذه المظاهر تماماً، وخروج الروح من البدن، ومن ثم توقف البدن عن العمل ككتلة واحدة، وتوقف أعضائه بعد ذلك، ثم خلاياه، ثم التحلل حتى لا يبقى من الكائن الحي شئ[2].

وما بين مظاهر الحياة تلك وانتهائها مستويات عديدة تمر بها الحياة الإنسانية فالعلم الحديث يقر بوجود خمسة مستويات مختلفة لما يطلق عليه الحياة الإنسانية هي[3]:

١ ـ **الحياة الإنسانية الواعية اليقظة**، وهي التي تعمل فيها كل أجهزة الجسم في تناسق وتناغم مع بعضها البعض مع وجود الوعي والإدراك[4].

٢ ـ **الحياة الإنسانية غير الواعية**: ويمكن أن نسميها أيضا بالحياة الجسدية وهي الحياة التي لا تحتوي على وعي أو حس أو حركة، مثل النوم (وإن كان في بعض درجاته السطحية يخالطه بعض اليقظة والحس والحركة من تقليب وخلافه) بشرط سلامة جذع المخ[5].

---

(١) من تغذية، وتجديد للخلايا وانقسامها ، وحركة الكائن الحي، وتوالده، ونبضه، وسريان الدم بالأنسجة، وتفاعلات بداخل الجسم وخلاياه، وتأثره بما حوله من مؤثرات، مع وجود وعي وتفكير، وتقيم لهذه الأمور التي تدور من حوله.

(٢) مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورات العلاجية في ضوء الشريعة الإسلامية ، د/جودة عبدالغني بسيوني ، صـ٩.

(٣) راجع هذه المستويات : مفهوم وفاة الإنسان من الناحية العلمية ومقارنته بالمفهوم الشرعي،د مختار المهدي صـ١٨، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوتها التاسعة بعنوان "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م.

(٤) موت الدماغ بين الطب والإسلام ، د/ ندى محمد نعيم الدقر، ط دار الفكر المعاصر بيروت لبنان، ودار الفكر دمشق، صـ٥٢.

(٥) يصف البعض هذه الحالات (وأحيانا كتب الطب) بالحياة النباتية إشارة إلى أن الإنسان يتغذى ويتنفس وينمو بلا وعي أو حس أو حركة كالنبات، ولكن إطلاق تسمية الحياة الجسدية على هذه الحالة أكثر دقة فهي تشير إلى وجود جسد حي بكامل أعضائه، وإن غاب عنه الوعي والحركة، كما أنه وصف أكثر احتراما لأن وصف الحياة النباتية لا ينتمي إلى الإنسان بصلة فهو لا يؤدي التمثيل الكلوروفيلي ولا يعيش في أصيص، وإنما ما يحدث أنه قد يتلف جزء كبير من المخ مع بقاء جذع المخ سليما والمريض يتنفس

#

٣ ـ الحياة العضوية: وهي تصف ما تبقى من حياة في أعضاء الجسد بعد موته، شريطة وجوده تحت أجهزة العناية المركزة، فالقلب يدق ويدفع الدم لجميع الأعضاء ما عدا المخ، والكليتان تفرزان البول، والجهاز الهضمي يهضم الطعام ويمتصه، ويمكن بإعطاء بعض الهرمونات التي غابت بموت المخ أن تمتد هذه الفترة إلى فترة أخرى مماثلة[١]، فإذا زرعت أحد هذه الأعضاء في جسد إنسان حي وكان بها بعض الوهن البسيط فإنها تسترد كفاءة عملها برعاية المخ المضيف[٢].

٤ ـ الحياة الخلوية : وهي تصف حياة مجموعة من الخلايا البشرية غالبا ما تكون في مزرعة أو في مختبر ما، فمن الممكن مثلاً أن يأخذ الطعم الوعائي (الشرايين) لزرعها خلال الـ (٧٢) ساعة الأولى بعد توقف القلب[٣] فهي حياة الخلية الإنسانية الواحدة[٤].

تلقائيا كالنائم تماما، فتستمر هذه الغيبوبة بقية حياة المصاب لا يفيق منها أبدا، وقد تمتد لسنوات إذا كانت الرعاية التمريضية فائقة، ولكنها لا تؤتي في النهاية أية ثمار.

راجع: التحديد الطبي الإسلامي في مفهوم موت الدماغ، د/ محمود كريدية، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م، ص٢ ، ومن الأمثلة المشهورة في المجال الطبي على هذه الحالة ما حدث لـ (كارين كونيلان) في الولايات المتحدة الأمريكية، التي دخلت في غيبوبة دائمة في ١٤ نيسان سنة ١٩٧٥م ، ناجمة عن تلف قشر المخ ، وبقيت في غيبوبتها تلك إلى أن ماتت في عام ١٩٨٧م ، ينظر: موت القلب أو موت الدماغ، د/محمد على البار، جدة الدار السعودية للنشر والتوزيع ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م ، ص٩٢.

(1) Evoked potentials: a safe brain death confirmatory tool Gurerit JM University of Lauvain Medical School, Cliniques Univeritairs Saint Luc Brussels, Belgium Eur J Med (France) Jul-Aug 1992 .

(٢) وحياة العضو ليست دليلا على حياة الشخص فلو تبرع شخص بعضوه ثم مات في حادث، فلا يمكن أن يقال أنه حي لمجرد أن عضوه في جسد إنسان حي يعمل ، راجع في ذلك : موت الدماغ ، د/ محمد زهير القاوي، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م، ص٢.

(٣) النشرة السعودية لأمراض وزرع الكلي ، د/ محمد زهير القاوي، سنة ١٩٩٢م، جـ٣، ص ١٧٧ وما بعدها.

(٤) ويتم ذلك من خلال الاحتفاظ بأجزاء خلوية من الإنسان ، كتجميد البويضات ، وبنوك النطف وغير ذلك من أجزاء الجسم الدقيقة التي يمكن أن تبقى حية ولو توفى الشخص الذي أخذت منه، موت الدماغ ، د/ محمد زهير القاوي، ندوة تعريف الموت، ص١ .

المطلب الثانى

مفهـوم المـوت وعلامـاته عند الأطباء

قبل أن نتحدث عن مفهوم الموت يجدر بنا أن نتعرض للعلاقة بين أجهزة الجسم الثلاثة العصبي، والتنفسي، والقلب، وذلك نظراً لأن أعضاء جسم الإنسان تتشكل فيما بينها وتعمل في نظام محكم، وترابط لتحقيق وظيفة كل عضو، ويعمل كل عضو أيضاً في تناسق أعجب وأغرب مع بقية أعضاء الجسد، لتحقيق الفائدة العامة لهذا الجسد[(١)] مع إلقاء مزيد من التوضيح على الجهاز العصبي وبالأخص الدماغ[(٢)]، ثم نتعرض لبيان مفهوم الموت في ضوء العلاقة بين أجهزة الجسم الحيوية الثلاثة، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: العلاقة بين الجهاز العصبي والتنفسي والقلب.

الفرع الثاني: مفهـوم المـوت وعلامـــاتـه.

---

(١) موت الدماغ بين الطب والإسلام ، د/ ندى محمد نعيم الدقر الدقر ، صـ٤١.

(٢) لأنه هو الذي يشرف على ذلك كله.

الفرع الأول

العلاقة بين الجهاز العصبي والتنفسي والقلب

يوجد بين الجهاز العصبي والتنفسي والقلب ترابط كبير، فالجهاز العصبي يقوم بالتحكم في إيقاع القلب والتنفس[1]، والقلب يضخ الدم المؤكسج لكافة أجزاء الجسم وبخاصة للمخ وجذعه، والرئتان تزودان الدم بالأوكسجين وتخلصه من ثاني أكسيد الكربون.

فبدون الدم الحامل للأوكسجين تتعطل وظائف الأعضاء كلها وبخاصة المخ –وهنا تبدو أهمية وظيفة القلب–، وبدون وصول الأوكسجين للدم يفقد الدم أهميته –وهنا تبدو أهمية وظيفة الرئتين– وبدون تحكم عصبي مركزي من المخ للقلب والرئتين وبقية أجزاء الجسم يفقد الجسم وظائفه ككل وتتعطل[2]، ولذا فإني سوف أقوم بإلقاء الضوء على هذه الأجهزة بشئ من التوضيح:

أولاً ـ القلب (شكل رقم ١)

لا يعدو أن يكون مضخة تقوم بتوزيع الدم في سائر أنحاء الجسم[3]، وهو عضلة يمكنها أن تستمر في الانقباض والانبساط مع فصلها نهائيا عن الجسم في حالة توفير الغذاء والأكسجين لها، وهناك عاملان يتحكمان في مدى فعالية القلب للعمل كمضخة:

الأول: سرعة ضربات القلب (Heart Rate).

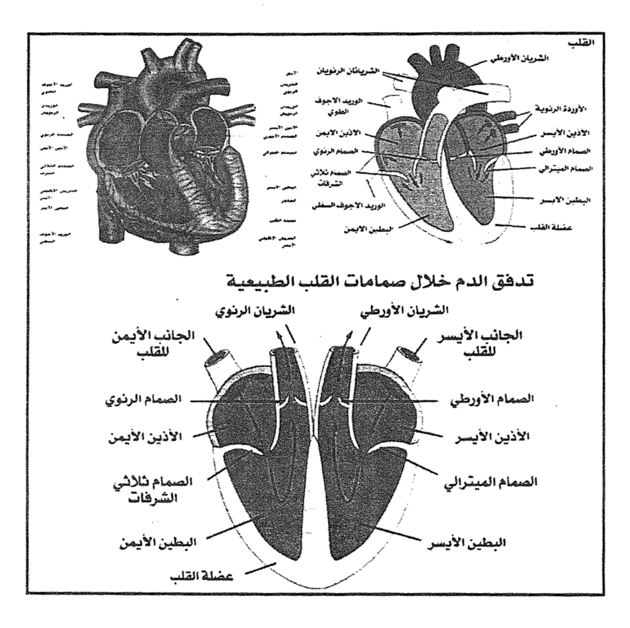
والثاني: قوة انقباض العضلات (Contractility).

---

(١) فالجهاز العصبي هو الذي يسيطر على أجزاء الجسم ويقوم بضبطها، لأنه يحتوي على المراكز التي تنظم وظائف الجسم المختلفة ، فإذا ما أختل المركز المنظم لدرجة الحرارة مثلا وجدنا حرارة الجسم ترتفع بلا رابط، وإذا اختل المركز المنظم لضغط الدم اضطرب هذا الضغط صعودا وهبوطا.....الخ راجع في ذلك: تشخيص موت ساق المخ ، د/ عمادالدين الفضلي، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م، ص١.

(٢) مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية ، د/جودة عبدالغني بسيوني ، ص٢١.

(٣) وفي حالة تعطل هذه المضخة أو العضلة لمدة تزيد عن أربعة دقائق فإن النقص الحاد في الأكسجين الذي نتج عن توقف القلب يؤدي إلى موت خلايا الدماغ (الخلايا العصبية) وبالتالي الوفاة، راجع : الفشل العضوي النهائي والآثار المترتبة على موت أحد الأعضاء الرئيسية الداخلية مثل القلب والرئتين والكبد، د/ محمد إبراهيم السبيل، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م، ص٣.


القلب
الشريان الأورطي
الشريانان الرئويان
الوريد الاجوف العلوي
الأوردة الرئوية
الأذين الأيسر
الأذين الايمن
الصمام الرئوي
الصمام الأورطي
الصمام الميترالي
الصمام ثلاثي الشرفات
البطين الأيسر
الوريد الاجوف السفلي
عضلة القلب
البطين الايمن
تدفق الدم خلال صمامات القلب الطبيعية
الشريان الرئوي
الشريان الأورطي
الجانب الأيمن للقلب
الجانب الأيسر للقلب
الصمام الرئوي
الصمام الأورطي
الأذين الأيمن
الأذين الأيسر
الصمام ثلاثي الشرفات
الصمام الميترالي
البطين الأيمن
البطين الأيسر
عضلة القلب

شكل (١)

ويستطيع المخ وعن طريق إرسال إشارات معينة من خلال الجهاز العصبي اللاإرادي (Autonomic Nervous System) التحكم في هذين العاملين، ومن ثم زيادة إنقاص فعالية عمل القلب كمضخة، يضاف إلى ذلك أن هناك هرمونات معينة تستطيع أيضاً التأثير على فعالية القلب[(١)].

ثانياً : الجهاز التنفسي الرئتان: (شكل رقم ٢)

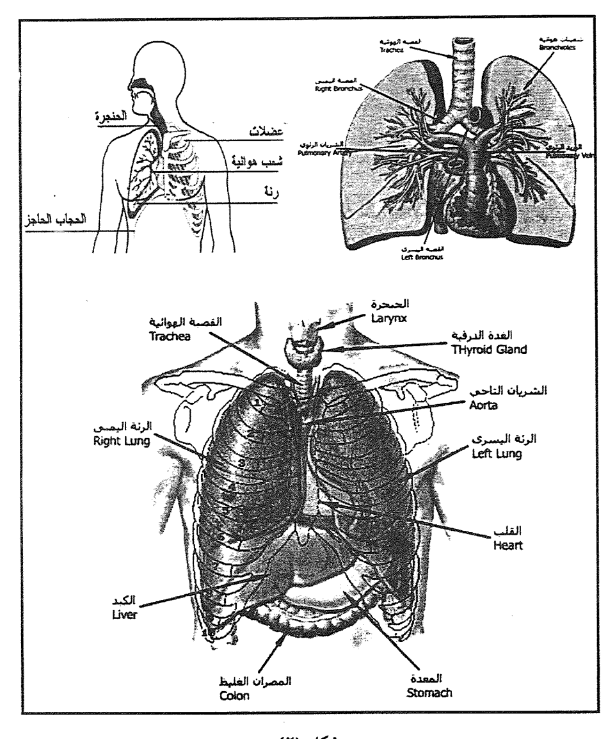
الرئة هي العضو الذي يتم فيه تبادل الأكسجين وثاني أكسيد الكربون، ويدخل الأكسجين إلى الشعب الهوائية عن طريق عملية التنفس ومن ثم إلى الحويصلات الهوائية المغلفة بشعيرات دموية وعلى سطح هذه الحويصلات يخرج ثاني أكسيد الكربون ويدخل الأكسجين، وبالتالي فإن الرئة هي العضو الذي يقوم بإدخال الأكسجين إلى الدم ومن ثم ينتقل الدم إلى القلب والذي يقوم بدوره بضخ الدم المحتوي على الأكسجين إلى كافة خلايا الجسم[(٢)].

وكما يحدث في القلب فإن الأعصاب القادمة من الجهاز العصبي المركزي تتحكم في حركة الرئتين، وهذا التحكم أقوى مما رأيناه في القلب حيث إن تعطل الجهاز

---

(١) وعن طريق هذين العاملين يتعامل القلب مع المؤثرات الخارجية على الجسم، سواء كانت فسيولوجية كالتمارين الرياضية والانفعالات، أو مرضية كالنزيف والتسمم البكتيري وغير ذلك، وفي جميع هذه المواقف فإن القلب لا يزيد عن كونه مضخة يقوم بتغيير أدواره حسب متطلبات الجسم البشري، فإذا ما أصيب جذع الدماغ -والذي فيه مراكز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية-، إصابة بالغة فإن ذلك يعني الموت ، وإن كان من الممكن استخدام المنفسة التي تقوم بوظيفة الرئتين، وبمساعدة القلب ليستمر في عمله بصفة مؤقتة، ينظر: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ ٣٢.

(٢) فالرئة عضو أساسي لإبقاء الجسم على قيد الحياة ومن المهم الإشارة هنا أنه من الممكن أن تقوم الرئة – في حالة فشلها – بوظيفتها إذا تم إسنادها بجهاز التنفس الصناعي الذي يقوم بضخ الأكسجين وسحب ثاني أكسيد الكربون، ويحدث هذا في حالة موت الدماغ حيث تتوقف حركة الرئتين تماما وتتعطل جميع أجهزة الجسم إلا إذا تم وضع أجهزة التنفس كي تقوم مقام الرئة في ضخ الأكسجين وسحب ثاني أكسيد الكربون، وبالتالي فإن الأكسجين يتوزع على كافة أنحاء الجسم مبقيا الأعضاء في حالة عمل مستمرة حيث تم توفير الأكسجين لها، وإبقاء الأعضاء بهذه الحالة يضمن الاستفادة منها في عمليات زراعة الأعضاء، الفشل العضوي النهائي والآثار المترتبة على موت أحد الأعضاء الرئيسة الداخلية مثل القلب والرئتين والكبد، د/ محمد إبراهيم السبيل، صـ٣.


الحنجرة
عضلات
شعب هوائية
رئة
الحجاب الحاجز
Trachea
Bronchioles
Right Bronchus
Left Bronchus
الحنجرة
Larynx
القصبة الهوائية
Trachea
الغدة الدرقية
THyroid Gland
الشريان التاجى
Aorta
الرئة اليمنى
Right Lung
الرئة اليسرى
Left Lung
القلب
Heart
الكبد
Liver
المصران الغليظ
Colon
المعدة
Stomach

شكل (٢)

العصبي المركزي أو موت الدماغ يؤدي حتماً إلى توقف التنفس في حين أنه لا يؤدي إلى توقف القلب[١].

ثالثاً- الدماغ (شكل رقم ٣)

عبارة عن نسيج رخو يبلغ وزنه في الإنسان البالغ ١٣٠٠ جرام تقريباً أي أنه يشكل ١٢٪ من وزن الجسم، ويطلق لفظ الدماغ (Brain) على الجهاز العصبي المركزي والذي يتألف من الأقسام الأساسية التالية[٢]:

أولاً: الدماغ الأمامي (Fore-Brain): ويشمل فص المخ، وبكل فص مراكز هامة عديدة، إذ يكون مهد الفطنة والذكاء والعبقرية في الإنسان الذي يمتاز بواسطة المخ الأمامي عن باقي المخلوقات.

ثانياً: الدماغ المتوسط (Mid-brain): ويشمل فخذي المخ إلى الأمام والأجسام التوأمية الأربعة إلى الخلف وتتوسطها القناة المخية المائية، وأهمية هذا التكوين الشبكي تأتي في أنه مسئول عن اليقظة والوعي، فإذا تعبت خلاياها حدث النوم، وإذا أصيبت فقد الوعي.

ثالثاً: الدماغ الخلفي أو المؤخري (Hind-brain): ويتكون من قنطرة فارول وهي تربط النخاع المستطيل[٣] بالمخ المتوسط والمخيخ، ويهمنا هنا أن نتعرض بشئ من الإيضاح للمخ والمخيخ وجذع المخ لأهميتهم البالغة في تشخيص موت الدماغ.

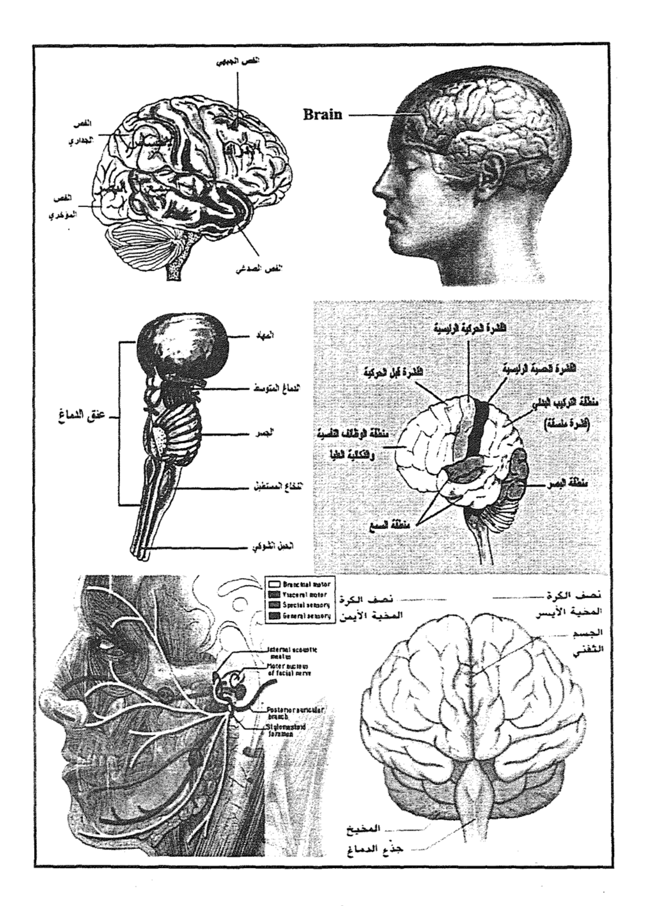
المخ: وهو أكبر جزء في الدماغ، ويسمى الدماغ الكبير أيضاً، وهو عبارة عن كرة يفصل بين نصفيها خط أو شق عميق يسمى منجل الدماغ (Falx cerebri)

---

(١) في معظم الأحيان فإن تعطل الرئتين عن العمل يكون تدريجيا ويحدث ذلك في بعض الأمراض المزمنة والتي تؤدي تدريجيا إلى قصور في أداء الرئتين أما تعطل الرئتين بصورة حادة فيحدث في حالات الاختناق والغرق وغير ذلك وفي هذه الحالات فإن الأكسجين لا يصل إلى الدم من خلال الرئتين وبالتالي يحدث نقص حاد في الأكسجين القادم إلى الجهاز العصبي مما يؤدي إلى موت الدماغ ، ينظر: الفشل العضوي النهائي والآثار المترتبة على موت أحد الأعضاء الرئيسة الداخلية مثل القلب والرئتين والكبد، د/ محمد إبراهيم السبيل صـ٣.

(٢)راجع في ذلك: زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، جمع وإعداد، د/ عبدالقيوم محمد صالح، إصدار المركز السعودي لزراعة الأعضاء بمركز الأمير سليمان الخيري لأمراض الكلى ، الطبعة الثالثة، صـ٧٣ وما بعدها.

(٣) وهو حلقة الوصل بين النخاع الشوكي والدماغ، وبه مراكز الحياة الأساسية التي تتحكم في التنفس والدورة الدموية والقلب.



الفص الجبهي
الفص الجداري
الفص المؤخري
الفص الصدغي
Brain
المهاد
الدماغ المتوسط
عنق الدماغ
الجسر
النخاع المستطيل
الحبل الشوكي
القشرة الحركية الرئيسية
القشرة قبل الحركية
القشرة الحسية الرئيسية
منطقة التركيب البنائي
(قشرة ملتصقة)
منطقة الوظائف النفسية
والشكلية العليا
منطقة البصر
منطقة السمع
Branchial motor
Visceral motor
Special sensory
General sensory
Internal acoustic meatus
Motor nucleus of facial nerve
Posterior auricular branch
Stylomastoid foramen
نصف الكرة المخية الأيمن
نصف الكرة المخية الأيسر
الجسم الثفني
المخيخ
جذع الدماغ

شكل (٣)

أما الطبقة الخارجية من المخ فتسمى «قشرة المخ» وهي مليئة بالخلايا العصبية لذا يبدو لونها رماديا، وهي مسئولة عن أعلى الوظائف التي يقوم بها المخ، وتوجد في المخ خطوط عميقة تقسم المخ إلى أجزاء أو فصوص ويطلق على هذه الخطوط.أسم الأتلام (Sulci) ويوجد بين تلم وآخر طيات بارزة تدعى التلافيف (Gyri) ولهذه الأتلام أسماء تتحدد بحسب موقعها وشكلها، ويحتوى المخ على مراكز الحس، والحركة الإرادية، والذاكرة ، والوعي، والمراكز المسئولة عن طباع الإنسان وشخصيته ..... الخ[1].

المخيخ: وهو جزء صغير يقع خلف النخاع المستطيل في أسفل نصف الكرة وهو يتألف من:

- نصفي الكرة المخيتين: وتكثر على سطحها التلافيف المتلاصقة بشدة مع بعضها.
- الفص الدودي: وهو شبيه بالدودة، والمخيخ يلعب دوراً في تنظيم الحركات الإرادية ويحفظ توازن الجسم، ويسيطر على العضلات، وإزالة المخيخ بكاملة لا تسبب الوفاة.

جذع الدماغ: وهو يشكل صلة الوصل الأساسية بين المراكز العلوية، المخ والمخيخ، وبين النخاع الشوكي وبقية أجزاء الجسد إضافة لذلك فهو يحوي مراكز عصبية غاية في الأهمية ، مثل المركز المنظم للقلب والتنفس، والسيطرة على الوعي واليقظة ومراكز تنشيط الحركة، والسيطرة على الذاكرة والسلوك، وأيضاً مراكز بصرية وأخرى سمعية، كما أن فيه مراكز وعي منبثقة في شبكيته[2]، وأي إصابة في جذع الدماغ تؤثر على هذه المراكز والمسارات، كما أن إصابة جذع الدماغ تخفض الدورة الدموية في الدماغ كله خفضاً شديداً ، كما أنها تخفض عمليات الأكسدة في المخ الضرورية للاستقلاب[3].

---

(١) موت الدماغ بين الطب والإسلام ، د/ ندى محمد نعيم الدقر الدقر ، صـ٤٢ .

(٢) موت القلب أو موت الدماغ د/ محمد على البار، صـ٩٤، ٩٥، ونفس المعنى: موت الدماغ بين الطب والإسلام، د/ ندى محمد نعيم الدقر ، صـ٤٢ .

(٣) ولذا فإن إصابة جذع الدماغ إصابة مميتة لا يوقف فحسب التنفس والدورة الدموية والمسارات العصبية الحركية النازلة، والمسارات العصبية الحسية الصاعدة، ولكنها أيضاً تسبب الموت للدماغ كله، رغم أن بعض خلايا المخ قد تكون حية لفترة محددة بعد موت جذع الدماغ، ينظر: زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، جمع وإعداد، د/ عبدالقيوم محمد صالح، صـ٧٤.

الفرع الثاني

مفهوم الموت وعلاماته

الآراء والمذاهب الطبية للموت:

للأطباء اتجاهات متعددة حول تعريف الموت، وعلاماته، وهل هو الموت الكامل وتوقف سائر أعضاء الجسم بما في ذلك القلب؟ أو هو موت الدماغ ككل أو موت جذع المخ، والذي يحتوي على مراكز الصحوة والتنفس؟ ولذا فسوف نعرض لاتجاهات الأطباء في هذا الشأن على النحو التالي :

الاتجاه الأول من يرى ضرورة توقف الأجهزة الثلاثة للجسم[١] عرفه بأنه:

هو توقف التنفس والدورة الدموية، وكذلك الحركات الإرادية، حتى ولو كانت هناك استجابة من العضلات الإرادية عند شدها وإثارتها بمنبه كهربائي[٢].

وهذا التعريف يربط الموت بوجود ثلاث أساسيات لابد من توافرها وهي:

- توقف الدورة الدموية.
- توقف التنفس.
- توقف الجهاز العصبي ونشاط المخ.

وهذا ما ذهب إليه جانب من الطب الحديث بقوله : يحدث الموت، لفقدان الخصائص الحياتية للقلب والرئتين والدماغ بما يسمى بالموت الجسدي أو السريري ، وعلمياً فإن توقف جهاز التنفس والجهاز الدوري كافيان لافتراض وقوع الموت[٣].

وهناك من عرفه بأنه : هو التوقف النهائي لكل مظاهر الحياة أو التفاعلات الحيوية بالجسم، مع وجود بعض مظاهر الحياة عقب الموت العام، ولكن بالأنسجة والخلايا[٤].

---

(١) يقصد بالأجهزة الثلاثة (القلب ، الرئة ، الدماغ) ينظر في عرض هذه التعريفات ، مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورة العلاجية , د/ جودة عبدالغني بسيوني ، مرجع سابق صـ ١١ وما بعدها .

(٢) علامات الموت في الطب الشرعي ، سميسون ،الطبعة السادسة ١٩٧٧م صـ ٣-١٧ .

(٣) الطب الشرعي والسموميات، باب الموت وعلاماته والتغيرات المواتية ، لمجموعة من أساتذة الطب الشرعي، الكتاب الجامعي منظمة الصحة العالمية ، ط ١٩٩٣م ، د/هدى دياب، صـ ١٨ — ٣٥ .

(٤) الطب الشرعي في مصر ، د/ عبدالحميد عامر ، د/ سيدني سميث ، القاهرة ١٩٢٤م ، مطبعة المقتطف والمقطم، صـ ٣٧ — ٤١ .

وعُرف كذلك بأنه : توقف الجهازين الدوري والتنفسي وجميع وظائف الدماغ[(١)].

ومنها أيضا: أنه انقطاع الحياة سواء في الإنسان أو الحيوان نتيجة توقف واحد أو أكثر من أجهزته الحيوية عن العمل وهي : الجهاز الدوري ، الجهاز التنفسي، الجهاز العصبي، على أن يكون ذلك لمدة خمس دقائق متصلة، ويتبع ذلك تدريجياً تغيرات تظهر على الجثة خارجياً تنتهي بتحلل الجسم ليبقى الهيكل العظمي[(٢)].

وقد عرفته جمعية جراحي المخ والأعصاب المصرية بأنه هو: التوقف لجميع أجهزة الجسم عن العمل، بما فيها القلب والتنفس، بعد عمل جميع الإسعافات الأولية[(٣)].

علامات الموت لدى أصحاب هذا الاتجاه:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الموت: هو خروج الروح من الجسم ويدل عليه برودة في الجسم متدرجة ولكنها متزايدة ومصحوبة بتوقف كل أجهزة الجسم عن أداء وظائفها، من هنا فإن الشخص الذي شُخِّص على أنه ميت دماغيا يجب ألا يُعدّ – أبدا – ميتا حقيقة، وهذا لأنه لا يزال محتفظا بـ«حرارة الحياة» التي تنبيء عن وجود الروح في جسمه[(٤)].

والجيفة هي جثة ميتة ليس فيها عضو يعمل ولا أي نشاط أيضيّ[(٥)]، ومن الواضح أن الشخص الميت دماغيا ليس جيفة، لأن قلبه يدق بشكل طبيعي دقاً قد يستمر

---

(١) الأفكار القديمة والحديثة حول تحديد الموت ، د/ حسن حسن على ، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م، صـ١ .

(٢) الموجز في الطب الشرعي وعلم السموم ، د/ محمود مرسي ، د/ سحر كامل ، ١٩٧٥م مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية صـ٤٨ .

(٣) بيان الجمعية المصرية لجراحي الأعصاب ١٩٩٧/٤/٢٤م ط / دار الحكمة القاهرة .

(٤) فلو كان الشخص الميت دماغياً ميتا حقيقة (أي غادرت روحه جسمه) لبدأ جسمه يبرد تدريجيا وفي تزايد مبتدئةً بالأطراف، وهذا الهبوط التدريجي في حرارة الجسم لا يمكن وقفه، وإذا بدأت البرودة فإن ذلك يؤدي إلى توقف القلب آخر الأمر بصرف النظر عن إجراءات الإنعاش المتخذة، وبالتالي فإن برودة الجسم التدريجية المتزايدة في حالة الشخص الميت دماغيا هي العلامة الأكيدة على أن عملية الموت الحقيقي قد بدأت بالفعل، وإزالة أعضاء من هذا الإنسان الحي هي عملية قتل بكل تأكيد لأننا بذلك نسرع خروج الروح من الجسم قبل موعدها المقدر، ينظر: تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ ، د/ صفوت حسن لطفي ، صـ١، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة تعريف الموت بدولة الكويت ديسمبر ١٩٩٦م .

(٥) **النشاط الأيضي هو:** عملية الاستقلاب أو التمثيل الغذائي ، ينظر: موت جذع المخ مراجعة ومناقشة ، د/ عصام الشربيني صـ٤ ، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة تعريف الموت بدولة الكويت ديسمبر ١٩٩٦م .

لنحو أسبوعين، كما أن جهازه المعدي والمعوي يعمل بشكل طبيعي[(١)]، وبالتالي فإن علامات الموت عند أصحاب هذا الاتجاه تتمثل في برودة الجسم وتوقف سائر أعضاء الجسم عن العمل، كما أنهم ذهبوا إلى عدم الاعتداد بموت الدماغ وعدم الأخذ به.

ويدلل أصحاب هذا الاتجاه على وجهة نظرهم بعدة أدلة منها [(٢)]:

أولاً: التناقض المتعلق بتعريف وتشخيص «موت الدماغ»

يرى أنصار هذا الاتجاه أن هناك تناقضاً كبيراً بين الدول في شأن موت الدماغ فهناك دول تنكر موت الدماغ[(٣)]، إلى جانب أن مفهوم موت الدماغ يختلف من بلد إلى آخر[(٤)]، بل إنه في البلد الواحد قد تكون معايير موت الدماغ المقبولة في إحدى المناطق أو الولايات غير مقبولة في الأخرى[(٥)].

كما أنه قد ثار جدل واسع بشأن صحة أحدث الوسائل والطرق الفنية لتشخيص موت الدماغ كالرسم الإلكتروني للدماغ[(٦)]، واختبار الاختناق (apnea) الذي شاع استخدامه لتشخيص موت الدماغ[(٧)].

---

(١) ويمكن عن طريق أنبوب عبر الأنف إلى المعدة أن يغذى بطعام فيتم امتصاصه وتمثيله مع إنتاج الطاقة المعتادة. كذلك يقوم الكبد بوظائفه بشكل طبيعي، فيفرز الإفرازات الإنزيمية المعتادة. كما أن الكليتين تقومان بوظيفتهما الطبيعية بصرف النظر عن التغير في الإفراز البولي الراجع إلى ضرب من الاضطراب الهرموني. ويقوم جهاز العضلات والهيكل العظمي بعملية الأيض المعتادة.

(٢) راجع هذه الأدلة : تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ ، د/ صفوت حسن لطفي ، صـ ٢ وما بعدها، المرجع السابق.

(٣) كاليابان والدانمرك حيث لا تعترف كلية بفكرة موت الدماغ ولا بعملية نقل الأعضاء.
Nudeshima J: "Obstacles to brain death and organ transplantation in Japan". The lancet, Vol. 338, p. 1063-4, Oct. 26, 1991.

(٤) فتعريفات موت الدماغ تختلف كثيرا بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والملكة المتحدة وفرنسا، بحيث يمكن معها أن تعد الحالة «موت دماغ» في بلد وليست كذلك في بلد آخر.
Levin SD, Whyte RK: "Brain death Sans Forntieres". The new England J. of Medicine, Mar. 31, p. 852 - 3, 1988.

(٥) ففي الولايات المتحدة مثلا توجد تشريعات مختلفة في كل من هارفارد وفيلادلفيا ومينيسوتا... الخ.
Camps FE, Rabinson AE, Lucas BB, Thomas FC: "Legal Medicine" Bristol: John Wright & Sons LTD, 3rd edition, 1976.

(٦) الذي كان يستخدم في أول الأمر لتشخيص موت الدماغ (م.ج.د) (B.S.D.) ثبت مؤخرا أنه غير ملائم لتشخيصه.
Grigg MM, Kelly MA, Celesia GG, Ghobrai MW, Ross ER: "EEG activity after brain death". Arch. Neurol. Sep. 44 (9), p. 948 - 54, 1987.

(٧) حيث يتعرض الآن لجدل شديد بصدد تطبيقاته سواء بالنسبة لمدة استمرار الاختناق، أو مستوى ثاني أوكسيد الكربون CO_2 أو المدة السابقة على الأكسجة Oxygenation فهي تختلف من بلد إلى آخر، بل من مركز إلى آخر.
Levin SD, Whyte RK: "Brain death Sans Forntieres". The new England J. of Medicine, Mar. 31, p. 852 - 3, 1988.

#

ثانياً : إن الدوافع الحقيقية وراء الأخذ بمفهوم موت الدماغ تكمن في الحصول على الأعضاء من أجل القيام بعمليات زراعة الأعضاء[١].

ثالثاً : ظهور علامات الحياة في مرضى شُخّصوا على أنهم (موتى دماغ) خلال عمليات انتزاع الأعضاء (Organ Extracion):

ومن هذه العلامات: استمرار الأفعال المنعكسة من سعال وقيء، والنشاط العصبي العضلي، والارتعاشات (twitches) العضلية، والحركات المعقدة للأعضاء والجذوع.

كما أن الشخص الميت دماغيا يمكن أن يحافظ على حرارة جسمه، خلال المدى المعتاد[٢]، كما أنه يظل محتفظا بما يسمى الحياة الخاملة (Vegetative life) بمعنى أن أظافره وشعره يطول، وأن جهازه المعويّ يمكن أن يهضم الطعام ويمتصه ونحو ذلك وهذا ما تشير إليه ظاهرة لعازر[٣] (Lazarus phenomenon) من العودة التلقائية للدورة

Pitts LH, M.D., Caronna J. M.D.: "Apnea testing in diagnosis of brain death". J. Neurosurg, vol. 57, p. 433-4, 1982.
Benzel EC, Gross CD, Hadden TA: "The apnea test for the determination of brain death". J. Neurosurg. 71:191-4, 1989.
مشار إليهم: تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ ، د/ صفوت حسن لطفي ، صـ ٤ وما بعدها.

(١) حيث إنه في مطلع الستينيات، كانت هناك مجموعة من المعايير تحدد موت الدماغ على أنه موت للجهاز العصبي المركزي (ج.م.ع CNS) (القشرة الدماغية cerebral cortex) وجذع الدماغ (brain stem) والحبل الشوكي (spinal cord) وكان يشخص ذلك بغياب كل الأنشطة الحركية المنعكسة (reflex motor activities) وبالرسم الإلكتروني للمخ الذي كان يستمر لنحو ١٢ ساعة على الأقل، وبمرور الوقت بدأت تلك المعايير تحذف واحدة بعد الأخرى تحت التأثير القوي الذي فرضه الطلب المتزايد على الأعضاء المطلوبة للنقل. في أول الأمر، أسقطت جميع المعايير الخاصة بانعكاسات الحبل الشوكي، ثم حذفت بعد ذلك كل استجابات القشرة الدماغية بما في ذلك غياب رسم إلكتروني للمخ، حتى مجموعات المعايير الخاصة بـ (م.ج.د.) نفسها أسقطت تدريجيا، وهكذا نجد الآن أن من بين ٣٥ مجموعة من المعايير التي نشرت، بقيت مجموعة واحدة فقط تتعلق بـ (م.ج.د.) بل إن هذه المجموعة الأخيرة خضعت باستمرار للتعديل في السنوات الأخيرة لتلبي الحاجة المتزايدة إلى الأعضاء من أجل النقل، راجع هذه المعايير: موت القلب أو موت الدماغ، د/ محمد علي البار، إصدار الدار السعودية ، جدة، ١٩٨٦م.

(٢) مما يشير بوضوح إلى نشاط أيضي. يمكن أن يرتفع ضغط الدم ويمكن أن تتكاثر الكريات البيضاء استجابة للعدوى.

Gando, S, Kitmai K, Tsujinagalt, Matsubara I, Ando M, Tedo I: Ando M, Tedo I; "Non-clostridial gas-producing brain abscess in a brain dead patient-Report of a case". No-to-shinkei, Mar 40 (3) p. 247-52, 1988.

ينظر تفصيل ذلك : تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ ، د/ صفوت حسن لطفي ، صـ ٥ وما بعدها، المرجع السابق

(٣) إن علامة ظاهرة لعازر تشير إلى الحركات التلقائية ذات المعنى (كأنها محاولة للتنفس) يقوم بها المرضى الذين شخصوا على أنهم حالات م.ج.د. لحظة فصل النفسة، راجع: تحديد المفهوم الحديث لموت

#

الأصلية بعد التوقف عن عملية إنعاش القلب والرئتين، وكان براي (Bray) أول من كتب عن ذلك عام ١٩٨٢م[(١)] ثم كتب عنها مع آخرين بعد ذلك عام ١٩٩٣م.

وبناءً على ما سبق يقرر أنصار هذا الاتجاه أن موت الدماغ شيء والموت الصريح شيء آخر، وأن هذين المصطلحين ليسا مترادفين، فموت الدماغ الناتج عن غير التدمير ليس بصحيح، لأنه ما لا يمكن استعادته اليوم قد يكون بالفعل قابلا للاستعادة غدا[(٢)].

ويطالب أنصار هذا الاتجاه بإعطاء الجنس البشري الحقوق ذاتها المعطاة للحيوانات، إذ إن «مرسوم الحيوان» "Animal's Act" الصادر عام ١٩٨٦م، القسم الأول، الفرع (٤)، يقرر أن «الحيوان يعتبر حيا حتى يحدث توقف دائم لدورة الدم أو تدمير لدماغه»، وهذه هي الحجة التي قدمها د.ديفيد ج.هيل (David J.Hill)[(٣)] أستاذ التخدير، جامعة كمبريدج، الذي قال: «ألم يحن الوقت كي نمنح المرضى على الأقل الحماية ذاتها التي نُصرّ على منحها للحيوان وأن نستخدم المعايير ذاتها القاضية بضرورة التوقف الدائم للدورة الدموية أو تدمير الدماغ لكي نقرر أن الموت قد حدث فعلا قبل أن نشرع في عملية إزالة الأعضاء الحيوية؟».

الاتجاه الثاني: ويرى أنصاره حصر مفهوم الموت في موت الدماغ

فقد ذهب الغالبية العظمى من الأطباء إلى حصر مفهوم الموت في موت الدماغ ولذا عرف هؤلاء الأطباء الموت بأنه: تلف دائم في الدماغ يؤدي إلى توقف دائم لجميع

الدماغ ، د/ صفوت حسن لطفي ، صـ ٧ ، ويذكر البعض أن اليعازر هذا كان رجل ميت ودعا له المسيح عليه السلام الله أن يحيه فرد الله إليه الحياة، راجع : مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورات العلاجية في ضوء الشريعة الإسلامية ، د/جودة عبدالغني بسيوني صـ٥٧.

(١) راجع مجلة الأعصاب الأمريكية — كليفلاند — عدد أغسطس ١٩٨٤ صـ ١٠٨٩ — ١٠٩٢ ، للمؤلف ، آلان هروير، تحت عنوان ، حركات تلقائية غير عادية في مرضى موت المخ ، مشار إليه : مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورات العلاجية في ضوء الشريعة الإسلامية ، د/جودة عبدالغني بسيوني صـ٥٩.

(٢) Nudeshima J: "Obstacles to brain death and organ transplantation in Japan". The lancet, Vol. 338, p. 1063-4, Oct. 26, 1991.
Hill DJ, Evas DW, Gresham G: "Availability of cadaver organs for transplantation ".British-Med. J., Vol. 303, p. 312-313, Aug., 1991.
مشار إليهم : تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ ، د/ صفوت حسن لطفي ، صـ ٧.

(٣) Hill DJ, Evas DW, Gresham G: "Availability of cadaver organs for transplantation ".British-Med. J., Vol. 303, p. 312-313, Aug., 1991.

وظائفه، بما فيها وظائف جذع الدماغ[1]، و أن من يُنكر ذلك، لا يختلف كثيرا عمن ينكر أن الأرض كروية أو أنها تدور حول الشمس[2]، فإذا تم تشخيص موت المخ أو الوفاة الدماغية فإنه لا جدوى من الاستمرار في الوسائل الإنعاشية وخاصة في الجهاز التنفسي، وأن استمرار القلب في النبض لا يعني أن الإنسان لا يزال حياً حيث إن القلب يمكن أن ينبض خارج جسم الإنسان إذا وضع في محاليل خاصة، وموت المخ يؤدي إلى توقف القلب آجلا أو عاجلا[3].

وعند البعض أن الجزء الخطير هو جذع الدماغ، وليس هناك أي حالة معروفة ثبت فيها موت جذع الدماغ حدثت بعدها استعادة للوعي[4]، فموت الإنسان ينتج عن وفاة جذع الدماغ سواء كان ذلك نتيجة لتوقف القلب أو لوفاة جذع المخ، ثم تبدأ بعدها الأعضاء الأخرى بالتحلل والتعفن مباشرة، أو أنها يمكنها الاحتفاظ بحيويتها لفترة وجيزة، وذلك باستعمال أجهزة الإنعاش الصناعي والأدوية المساعدة التي تبقيها على قيد الحياة[5]، وقد استقر الطب الحديث على أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية[6].

---

(١) لجنة موت الدماغ ، مركز الكلية الوطني ، المملكة العربية السعودية ، تشخيص موت الدماغ ومعايير استقطاع الأعضاء في السعودية، النشرة السعودية لأمراض وزرع الكلى ، جـ٣ صـ١٩٩، ٢٣٦، عام ١٩٩٢م ، ونفس المعنى: موت الدماغ: التعريفات والمفاهيم ، د/ عدنان خريبط، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م، صـ٣.

(٢) مفهوم وفاة الإنسان من الناحية العلمية ومقارنته بالمفهوم الشرعي، د/ مختار المهدي، من بحوث ندوة تعريف الموت، صـ ٢٣.

(٣) نحو تعريف الموت في المفهوم الطبي والشرعي، د/ حسين محمد مليباري صـ ٢ ، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة تعريف الموت بدولة الكويت ديسمبر ١٩٩٦م، ونفس المعنى : موت جذع المخ مراجعة ومناقشة ، د/ عصام الشربيني صـ٣ بحث مقدم لنفس الندوة السابقة.

(٤) Pallis C. Prognostic value of brainstem lesion. Lancet 1981:1:379.
- Pallis C. ABC of brainstem death. From brain death to brainstem death. Br Med J. 1982:285:1487-90.
- Pallis C. ABC of brainstem death. The declaration of death. Br Med J. 1983:286:39.
مشار إليهم: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٢٥.

(٥) الآثار المترتبة على موت المخ ووسائل التشخيص، د/ عباس رمضان، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م، صـ ٦.

(٦) نشرت جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٢/٩/١٥م، العدد رقم ٣٨٦٣٤، مقال بعنوان: "العلم في حياتنا.... نقل وزرع الأعضاء بين مصر والعالم" د/ مي عبدالمنعم، والتي أوضحت فيه أن حقيقة الموت هو توقف المخ عن العمل الذي يأمر القلب فينبض، ويأمر أجهزة الجسم فتعمل، وينظر في تأكيد ذلك: المؤتمر

#

علامات الموت وطرق معرفته لدى أصحاب هذا الاتجاه:

يري أنصار هذا الاتجاه انه متي توقفت الدورة الدموية داخل المخ فإن المخ بذلك يتوقف وبالتالي تحدث الوفاة وهناك العديد من الطرق لمعرفة ذلك[١] ومنها :

١ - مراقبة قياس الضغط داخل المخ باستخدام الجهاز الذي يتم تركيبه بصفة روتينية في حالات إصابات المخ الشديدة[٢].

٢ - تشخيص توقف الدورة الدموية داخل المخ وذلك بحقن المواد المشعة بالدم – mTc HM PAO٩٩ وعمل المسح الإشعاعي الذي يثبت عدم وصول المادة المشعة إلى أنسجة المخ[٣] لعدم استقبال أي إشعاع من داخل الجمجمة، وهذا الاختبار هو من الاختبارات الموثوق بها لتشخيص وفاة المخ فور حدوثه.

٣ - استخدام التصوير بالرنين المغنطيسي في حالات موت المخ يظهر اختفاء السائل المحيط بالمخ وتوقف سريان الدم في شرايين المخ الصغيرة والكبيرة وكذلك الجيوب الوريدية داخل الجمجمة، كما أنه يمكن أيضا رؤية إنزلاقات المخ نتيجة وجود مناطق ذات ضغط عال وهي تضغط على جذع المخ وتسبب اختناقه[٤].

الطبي المنعقد بنقابة الأطباء، بخصوص تحديد معيار الوفاة ، والمنشور بجريدة اللواء الإسلامي ، العدد: ٥٦٤ بتاريخ: ١٩٩٢/١١/١٢م، صـ٤، ٥.

(١) راجع هذه الطرق: مفهوم وفاة الإنسان من الناحية العلمية ومقارنته بالمفهوم الشرعي، د/ مختار المهدي صـ ١٥ ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان تعريف الموت بدولة الكويت ١٧ ديسمبر ١٩٩٦م، وراجع علامات الموت لدى الأطباء بصفة عامة: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٢٦.

(٢) وذلك لمتابعة الحالة وسوف تدل قراءات الجهاز على الشاشة والمسجلة على شرائط بالمليمتر الزئبقي على استمرار زيادة الضغط ليتعادل مع ضغط الدم داخل شرايين المريض مما يؤكد توقف الدورة الدموية وتلف المخ بأكمله، وهذا التلف يبدأ في الحدوث فعلا إذا قلت كمية الدم المارة بالمخ بنسبة ٤٠٪ عن الكمية الطبيعية، وفي النهاية يتلف كل ما هو داخل تجويف الجمجمة بما في ذلك جذع المخ.

(٣) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٣٧.

(4) Magnetic resonance imaging of brain death. Lee DH;Lownie SPDepartment of Diagnostic Radiology and Nuclear Medicine University Hospital London,Ont.Can Assoc Radiol J(CANADA) Jun.1995.

٤ ـ تشخيص موت المخ بمسح مرور الألوان Color flow duplex scanning تتميز هذه الطريقة أنها تتم بجوار سرير المريض بالعناية المركزة وسرعة الحصول على النتيجة وصحتها بنسبة ١٠٠٪.(١)

٥ ـ قياسات عمل المخ وانعدام صدور موجات كهربية عنه، بعمل رسم المخ الكهربائي وكذلك اختبار الوظائف السمعية والبصرية لجذع المخ (٢).

٦ ـ من الطرق الأكيدة أيضا لإثبات توقف الدورة الدموية للمخ هو عمل الأشعة الملونة لشرايين المخ الأربعة(٣).

٧ ـ متابعة سريان الدم في شرايين المخ (الشرايين السباتية والشريان القاعدي) باستخدام الموجات الفوق صوتية (Ultrasonic Doppler).(٤)

إن توافر هذا العدد الكبير من الفحوصات التي تثبت توقف سريان الدم في أنسجة المخ وبالتالي تلفها دون رجعة، يؤكد وجود موت الدماغ، وأنه حقيقة واقعية، ولاسيما مع وجود هذه الفحوصات المتعددة، والتي يمكن تسجيلها كوثائق للرجوع إليها لمن

---

(١) Lemmon GW; Franz RW; Peoples JB Department of Surgery,Right State University School of Medicine,Dayton,Ohio,USA.Arc Surg (UNITED STATES) May 1995.
مشار إليه : مفهوم وفاة الإنسان من الناحية العلمية ومقارنته بالمفهوم الشرعي، د/ مختار المهدي صـ١١.

(٢) وينبغي أن لا تكون هناك أي نبذبة في ذلك الرسم مما يدل على توقف النشاط الكهربائي للدماغ، راجع : الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٣٤.

(٣) حيث يتضح أن القلب يعمل ويدفع الدم في شرايين الأعضاء المختلفة إلا أن الدم يتوقف عند منافذ الشرايين في الثقوب التي يدخل منها داخل الجمجمة، فنجد أن الصبغة تتوقف في الشرايين الأربعة التي تغذي المخ في الحالات العادية، وهناك أسلوبان لعمل هذا الفحص بالطريقة الرقمية مع استبعاد ظلال عظام الجمجمة من الصورة، إما بالحقن الشرياني المباشر (Digital subtraction angiography) أو تصوير نفس الشرايين وبالطريقة الرقمية ولكن عن طريق حقن الصبغة عن طريق الوريد (Intravenous digital Subrtaction angiography) . ينظر:
Albertini A;Haiatt M;Hegri TDepartment of Pediatrics StPeter's Medical Center New Brunswick. Pediatr Radiol (Germany) 1993
Intavenous digital substraction angiography. A criteria of brain death.Van bunne Y; Delcour C; Struyven JAnn Raidol. Paris (France)1989.

(٤) وهذه وسيلة جيده، ولا تستلزم التعرض للإشعاع، كما أنها قليلة التكاليف، ويمكن بمعرفتها متابعة الحالات التي تتدهور ولا تستجيب للعلاج بتكرار الفحص عدة مرات فتسجل موت المخ فور حدوثه حيث تصل دقتها إلى ١٠٠٪ مقارنة بالأشعة الملونة للشرايين الأربعة، وهذا يظهر مدى فائدتها وبالذات بالنسبة للشريان القاعدي Basilar artery وهو المغذي الوحيد لجذع المخ.

يشاء، ويمكن لمن يساوره الشك أن يجري أي عدد من هذه الاختبارات يرضيه ومعظمها تصل نسبة دقتها وصحتها إلى ١٠٠٪[1].

---

(١) مفهوم وفاة الإنسان من الناحية العلمية ومقارنته بالمفهوم الشرعي، د/ مختار المهدي صـ ١٥، ندوة تعريف الموت.

المطلب الثالث

معايير موت الدماغ

تعرفنا فيما سبق أن مفهوم موت الدماغ هو المفهوم المعترف به لدى غالبية الأطباء، ولكن هناك معايير وضوابط يتم الأخذ بها لتشخيص موت الدماغ وفيما يلي نلقي الضوء على هذه المعايير، ثم نتبعها بالرد على القائلين بعدم الأخذ بمفهوم موت الدماغ.

أولاً : المعايير الدولية لموت الدماغ.

١- قواعد الولايات المتحدة:

ظهرت عدة قواعد خاصة في الولايات المتحدة منها :

أ- معايير هارفارد:

قامت لجنة أدهوك (Adhoc Committee) في جامعة هارفارد عام ١٩٦٨م بوضع مواصفات لموت الدماغ سميت بـ«معايير هارفارد»[1] والتي تعد تطوراً تاريخياً رئيسياً في تشخيص موت الدماغ. وتشتمل البنود الأساسية في هذه المعايير على ما يلي:

- انعدام الاستجابة لمثير مؤذ إيذاء شديدا (غيبوبة لا استجابة معها).
- غياب كلي للتنفس الطبيعي.
- غياب الانعكاسات من جذع الدماغ والحبل الشوكي.
- غياب النشاط الوضعي (Postural activity) كما في مثل حالة إزالة المخ أو وقف نشاطه.
- رسم مخ (EEG) مسطح.
- وكذلك، يجب استبعاد انخفاض الحرارة ووجود مخفضات لنشاط النظام العصبي المركزي (CNS) من مثل أحد مشتقات حمض البربيتوريك.
- وأخيرا، يجب ألا تتغير النتائج السريرية ونتائج رسم المخ في التقييم الثاني بعد ٢٤ ساعة على الأقل.

---

(1) A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death. JAMA 1968; 205:337 - 40.
مشا إليه في: عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/سميرة عابد ديات، صـ٢٥٢، والموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٣٢.

ب- معايير مينيسوتا:

أدت تجربة «معايير هارفارد» سريريا إلى القول بأن قيودها قد تكون شديدة الغلو، ودفع هذا كلا من «موهانداس» Mohondas و «تشو» Chow.[(1)] إلى تقديم «معايير مينيسوتا» لموت الدماغ بجامعة مينيسوتا عام ١٩٧١م، والملاحظ أنه قد اختفى من هذه القائمة عنصران: اختفاء الانعكاسات الشوكية ومعيار رسم المخ (حيث نُظر إليهما على أنهما اختباران اختياريان للتثبت)، والعناصر الأساسية في معايير مينيسوتا هي:

أ ـ غياب الحركة الطبيعية.

ب ـ غياب التنفس الطبيعي لفترة اختبار تزيد على أربع دقائق.

ج ـ غياب انعكاسات الدماغ كما يظهرها ثبات البؤبؤ واتساعه، وغياب انعكاسات الكِعام (gag) والقرنية والأهداب الشوكية، غياب حركات عيون الدمية (Dolls'eye movements)، غياب الاستجابة للمثير الحراري (Coloric)، وغياب الانعكاس لنشط الرقبة.

د ـ بقاء الوضع دون تغير لمدة اثنتي عشرة ساعة.

هـ ـ الحالة المرضية المسئولة التي يتفق على أنها غير قابلة للعلاج.

٢- قواعد المملكة المتحدة.

قامت الكليات الملكية البريطانية للأطباء بتكوين لجان خاصة لدراسة موت الدماغ وأصدرت توصياتها وتعريفاتها بموت الدماغ عام ١٩٧٦، وعام ١٩٧٩م[(٢)]، وتتوجه قواعد المملكة المتحدة[(٣)] في تصور فكرة الموت إلى جذع الدماغ، و ينصب تركيز قواعد المملكة المتحدة على الأهمية الكبرى لمسألة «السياق»، وتستبعد بوجه خاص حالات معينة، لا يكون تشخيص موت الدماغ فيها محل نظر، وهذا المخطط بهذه الصورة سليم علميا وسهل من حيث التطبيق، لكن بقيت بعض الشكلات المتعلقة بالمصطلحات[(٤)]،

(1) Mohandas A, Chow S.N.: Brain death: a clinical and pathological study. J Neurosurg 1971; 35:211.

(٢) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٣٣.

(3) Conference of Royal Colleges and Faculties of the United Kingdom: Diagnosis of brain death. Lancet 1976; 2:1069.

مشار إليه في: عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٥٦.

(4) Pallis C. Further thoughts on brainstem death. Anaesth Intensive Care 1995; 23:20-3.

فالمذكرة التي قدمها «مؤتمر المدارس الطبية الملكية وكلياتها» كان العنوان: «تشخيص موت الدماغ»[1]، وجاء في نص المذكرة، أنه، على كل حال، «يعتبر الموت الوظيفي المستمر لجذع الدماغ هو الذي يحدد الموت». أما المتطلبات لإعلان موت الدماغ فتتمثل في وجود آفة أولية أو ثانوية في الدماغ واستبعاد آثار المخدر أو انخفاض حرارة الجسم أو اضطرابات الغدد الصماء.

٣- القواعد الكندية: (Canadian Code)

اعتادت «الجمعية الطبية الكندية» أن تنشر من وقت لآخر إرشادات عامة لتشخيص موت الدماغ. وقد نشرت في عام ١٩٨٧م[٢] مجموعة إرشادات، وهذه الإرشادات توجب إتباع القواعد التالية:

١ - يجب أن يُقَرِّر موت الدماغ سريريا طبيب متمرس وفقا للمعايير الطبية المتعارف عليها.

٢ - يجب أن يكون هناك تحديد مسبق لأسباب موت الدماغ.

٣ - يجب استبعاد الحالات القابلة للإعادة (مثل التسمم بالمخدرات، اضطرابات التمثيل الغذائي القابلة للعلاج، انخفاض درجة الحرارة (درجة حرارة داخل الجسم ٣٢,٢°م)، الصدمة، الاختلال الوظيفي العصبي العضلي).

٤ - يجب أن يكون المريض في غيبوبة عميقة وليس به أي استجابة لأي مثير في نطاق التوزيع العصبي الجمجمي.

٥ - يجب ألا يكون هناك أي حركات، مثل النوبات، أو حركات الاختلال الحيوي، أو الوضعية (posture) الناشئة عن إزالة قشرة الدماغ أو الدماغ نفسه.

٦ - يجب أن تنعدم انعكاسات جذع الدماغ.

٧ - يجب أن يكون المريض في حالة اختناق.[٣]

(2) Conference of Royal Colleges and Faculties of the United Kingdom: Diagnosis of brain death. Lancet 1976; 2:1069.

(3) Guidelines for the diagnosis of Brain Death. CMAJ 1987; 136.
Nelson R.F.: Determination of brain death (Editorial). Canadian Journal of Neurological Sciences 1986; 13:355.

مشار إليه في: موت الدماغ التعريفات والمفاهيم ، د/عدنان خريبط، صـ٦.

(3) -Van Donselaar C.A., Meerualdt J.D., Van Gijn J.: Apnea testing to confirm brain death in clinical practice. J Neurol Neurosur and Psychiatr 1986, 49:1071.
-Wijdicks EF. In search of a safe apnea test in brain death: is the procedure really more dangerous than we think? Arch Neurol 1995: 52:338-9.

ثانياً: الرد على من ينكر موت الدماغ

نظراً للمعايير السابق ذكرها والاتجاهات الحديثة نحو الأخذ بمفهوم موت الدماغ، فقد انعقدت كثير من المؤتمرات[1] لبيان مفهوم الموت، وبالأخص موت الدماغ، ومدى صلاحيته ليكون معياراً لتحديد لحظة الوفاة، وقد تمسك المنكرون لوجود موت الدماغ بالأسانيد السابق ذكرها، الأمر الذي دفع القائلون بالأخذ بمفهوم موت الدماغ إلى تفنيد هذه الأسانيد وتلك الحجج من أجل إقرار مفهوم موت الدماغ، وكان ردهم على الوجه التالي[2]:

بالنسبة لقضية اختلاف البروتوكولات، فإن ذلك لا يؤدي إلى الشك في تشخيص موت جذع المخ لأن اختلاف الفقهاء مثلاً في هيئة أو شكل الصلاة لا يؤدي إلى الشك في حقيقة الصلاة نفسها. أما اختلاف البروتوكولات بين الأعمار المختلفة فهذا أمر واقع

---

(١) وكان أول من بادر إلى بحث هذه القضية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث عقدت ندوة (الحياة الإنسانية، بدايتها ونهايتها) في ٢٤ ربيع الآخر ١٤٠٥هـ/ ١٥ يناير ١٩٨٥ في مدينة الكويت، وباشتراك مجموعة من الأطباء والفقهاء.
ثم ناقش مجمع الفقه الإسلامي ـ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ـ هذه القضية في دورته الثانية المنعقدة بجدة (١٠ ـ ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ/ ٢٢ ـ ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥).
وبعد مناقشات مستفيضة قرر تأجيل البت في هذا الموضوع إلى الدورة التالية، والتي عقدت في عمان (الأردن)
(٨ ـ ١٣ صفر ١٤٠٧هـ/ ١١ ـ ١٦ أكتوبر ١٩٨٦).
وصدر فيها القرار التاريخي (رقم ٥) بشأن أجهزة الإنعاش حيث قرر المجمع: (أن الشخص قد مات، وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا على الوفاة إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين):
١ – إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
٢ – إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.
وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة.
وقام المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ببحث هذا الموضوع في دورتيه الثامنة والتاسعة وأصدر قراره في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة (١٤٠٨هـ)وأجاز رفع الأجهزة في مثل هذه الحالة ـ إلا أنه لم يعد الشخص ميتا من الناحية الشرعية، ولا تسري عليه أحكام الموت، ثم عقدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ندوتها بعنوان (تعريف الموت) والتي عقدت بدولة الكويت في ١٧ ديسمبر ١٩٩٦م، وقد تم تأجيل هذه الندوة إلى ما بعد مؤتمر سان فرانسيسكو في الفترة ما بين ١٧ — ١٩ نوفمبر ١٩٩٦م والذي شارك فيه ثلاثة مندوبين عن المنظمة للإطلاع على أحدث ما وصل إليه العلم في هذا المجال ولتزويد هذه الندوة بما شاهدوه وسمعوه بكل الصدق والأمانة.

(٢) راجع هذه الردود: ملحق رقم (١) تقرير عن الجلسة الأولى من ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان تعريف الموت بدولة الكويت ١٧ ديسمبر ١٩٩٦م د/ حسن حسن علي، صـ ٣، وما بعدها.

وصريح ولا سيما في الممارسة الطبية فالأدوية مثلاً تختلف بين الكبير والصغير، هنالك أدوية كثيرة لا تعطى للأطفال كما تعطى للكبار، فهل معنى هذا حرمان الأطفال من هذا الدواء.

أما بخصوص القول بأن اليابان والدانمارك لم يعترفا بموت جذع المخ أو زرع الأعضاء فإن اليابان كانت نشيطة جداً في هذا المجال حتى ١٩٩١م ولكن لظروف فلسفية واجتماعية توقفت مؤقتا، وقد أجريت إحصائية في عام ١٩٩٠م بين اليابانيين تبين موافقتهم على هبة الأعضاء (ORGAN DONATION) وكانت النتيجة ٥١ في المائة موافقون بالمقارنة إلى ٤١ في المائة عام ١٩٨٢م، حسب ما ذكر في مؤتمر سان فرانسيسكو.

أما من حيث القول بأن (Pitts and Caronna) قالوا: عن منعكس الكحة والقيء لا يستبعدون تشخيص موت المخ، بينما المؤلفان لهذا البحث قالا: أن هذه المنعكسات كانت غائبة في مرضاهم الذين بلا شك - كان بهم علامات موت المخ مثل الغيبوبة - توقف التنفس وانعدام موجات المخ الكهربية لمدة ٢٤ ساعة ثم أكدوا أن ظهور هذه المنعكسات تحدد المرضى الذين يحتمل أن يعيشوا.

وبخصوص الحديث عن المنعكسات الحركية والاستجابات في شكل ارتفاع الضغط وزيادة النبض فأي طبيب تخدير يعلم أنه ربما تصادف أن تعامل مع مريض جاء لجراحة ما مثل منظار للمثانة تحت تأثير مخدر عام وهو مصاب بشلل رباعي نتيجة قطع كامل للنخاع الشوكي عند الفقرة الخامسة للرقبة وكيف يتجاوب للجراحة بارتفاع شديد في ضغط الدم والحركة علماً بأن الجسم منفصل تماما عن المخ مما يدفع الأطباء لتجهيز العقاقير اللازمة لتخفيض الضغط وإعادة النبض إلى طبيعته وهذه الظاهرة توصف بأنها Autonomic Hyper reflexia.

وبخصوص القول بأن مريض موت المخ يكون دافئاً فهذا ليس صحيحاً والحقيقة أن مصاب موت جذع المخ تنخفض درجة حرارته بانتظام وباستمرار بالرغم من استعمال كل وسائل التدفئة وذلك نتيجة موت مركز تنظيم الحرارة في جذع المخ.

أما القول بأن حالتين شخصتا خطأ بموت المخ وقد عاشوا بعد ذلك فقد قرأ المستدل ذلك خطأ، وتبين أن كاتبي المقالين (Case Reports) لم يشخصوا موت جذع

المخ نهائيا وأضافوا في مناقشتهم للبحث أن هذين المريضين لم يستوفيا التأكيدات والقرائن المسبقة التي يمكن أن توحي بتشخيص موت جذع المخ وقد عولج كل من المريضين منذ البداية على أنهما حالات غيبوبة عائدة إلى الشفاء[1].

الخـــلاصـــة

إن معظم الدول تبنت تشخيص موت الدماغ، والذي يعني الانعدام الكامل والدائم لوظيفة الدماغ بكامله، وعليه فيشمل أيضا وظيفة فلقات المخ، لكن ثمة اختلاف بين القواعد المستخدمة في مختلف البلدان، كما سبق تقريره، وتبدو الأخطاء المحتملة كلها بعيدة عن الخطر، كما أن الكتابات التي ظهرت مؤخرا تخلو من أي حالة مقنعة ثبت فيها فشل المعايير، أي زيف تشخيص الموت لمريض دماغه حي[2]، وعلى ذلك فإنه يكون من الواضح أن الأطباء قد قرروا على الراجح من أقوالهم الأخذ بمفهوم موت الدماغ، وأنه يعني انتهاء الحياة الإنسانية، ومن ثم خروج الشخص من دائرة الأحياء إلى دائرة الأموات، مما يصلح معه القيام بعملية نقل وزراعة الكبد، والأعضاء الأخرى.

---

(١) موت جذع المخ مراجعة ومناقشة ، د/ عصام الشربيني صـ٦ ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان تعريف الموت بدولة الكويت ١٧ ديسمبر ١٩٩٦م.

(٢) لمزيد من التفاصيل ينظر :

Guideline Three: minimum technical standards for EEG recording in suspected cerebral death. J Clin Neurophysiol 1994; 11:10-13.
Buchner H, Schuchardt V. Reliability of EEG in the diagnosis of brain death. Eur Neurol 1990; 30:138-141.
Marti-Masso, JF, et al. Clinical sings of brain death simulated by GBS. J Neurol Sci 1993; 120:115-117.

مشار إليهم : موت الدماغ: التعريفات والمفاهيم , د/ عدنان خريبط ، ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان تعريف الموت بدولة الكويت ١٧ ديسمبر ١٩٩٦م صـ١٧ .

المبحث الثاني

تحديد مفهوم الموت من الناحية القانونية

الحاجة لتحديد مفهوم الموت

إن تحديد مفهوم الموت من الناحية القانونية يستدعي وضع ضوابط قانونية للموت من قبل المشرع، والقانون لا يعتبر الإنسان ميتًا طالما قلبه ينبض، ويلزم لاعتباره ميتًا اتخاذ إجراءات معينة كتحرير شهادة الوفاة بعد توقف قلبه عن النبض تلقائيًا[١].

وهذا الأمر يجعل القانون متخلفًا عن ركب الإمكانيات الحديثة للطب[٢] ولعل مرجع ذلك هو تمسكه بحماية حقوق الإنسان إلى أبعد مدى في مواجهة هذه الإمكانيات التي لا تخلو على الرغم من مزاياها التي لا تنكر من مضار[٣].

ولكي يتمكن الجراح من القيام بإجراء عملية نقل عضو من جثة ميت إلى جسد إنسان حي، لابد من التأكد من الوفاة[٤]، ولم يكن تشخيص الموت في العهود السابقة عسيرًا فقد كان مجرد توقف القلب والدورة الدموية والرئتين عن التنفس مؤشرات كافية على تحقق الوفاة[٥] ولكن مع تطور عمليات نقل وزراعة الأعضاء، ظهر عاملان جديدان في المجال الطبي، نبها الأذهان إلى ضرورة وضع معيار جديد للموت[٦].

---

(١) نيروسون، تأثير البيولوجيا والطب الحديث في القانون المدني، المجلة القضائية للقانون المدني (باريس) ١٩٧٠م، صـ٦٦١، مشار إليه في: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٧٢.

(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٧٢.

(٣) التحولات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدني، الفقيه سافتيه، جـ١ ف٢١٠، باريس ١٩٦٤م.

(٤)Caste – Floret (P.) : La Greffe du Coeur devant la morale et devant le droit, Rev., Sc. Crim, 1969, p. 79.

مشار إليه القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ١٦٧.

(٥) عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٤٢.

(٦) ينظر : إعلان سيدني الصادر في أغسطس ١٩٦٨م، مشار إليه في: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١٦٨.

العامل الأول: ظهور واستخدام أجهزة الإنعاش الصناعي[١] التي تطيل حياة الإنسان ظاهريًا، فقد يصل الإنسان إلى مرحلة يوصف فيها بأنه (ميت حي) [٢]، حيث تمكنه الأجهزة الحديثة من استئناف عمل القلب والدورة الدموية والرئتين[٣]، فالإنسان يعد من الأحياء في المدة بين توقف القلب، والرئتين عن العمل وبين موت خلايا المخ، وهذه المدة لا تستغرق أكثر من بضع دقائق قليلة، ولذلك يتعين إنقاذه خلالها عن طريق استخدام وسائل الإنعاش الصناعي حتى لا تموت خلايا مخه[٤].

لأن مراكز المخ تموت تمامًا إذا حرمت من الدم والأكسجين بعد هذه المدة، ولما كان المخ يسيطر على المراكز العصبية العليا في الإنسان، وبالتالي إدراكه، وفي تناسق وظائف أعضاء الجسم، فإن الإنسان يفقد بموت مخه كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية الطبيعية، ويُعدُّ في حكم الموتى طبًا وشرعًا[٥]، وليس في مقدور بشر بعد ذلك أن يعيد الحياة الطبيعية إليه، وإذا كانت أجهزة الإنعاش الصناعي لا تكفل في هذه الحالة إلا الحياة الصناعية لبعض خلايا الجسم، فلا يصح القول بأنها تعيد الحياة إلى الموتى[٦].

العامل الثاني: تقدم وتطور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وظهور إمكانيات جديدة لاستخدام الأعضاء المستأصلة من جثة المتوفى، استخدامًا علاجيًا لزرعها في جسد إنسان محتاج إليها إنقاذًا لحياته أو محافظةً على صحته[٧].

---

(١) والمسماة باللغة الإنجليزية (Ventilator) وبالفرنسية (Des Appareil de Ranimation).

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ١٦٨.

(٣) حيث تقوم الكمامة (Ventilator) بعمل تنفس بديل للتنفس التلقائي، ويواصل القلب نشاطه ونبضه المعتاد بواسطة أجهزة موقف الذبذبات (Defibrillator) وجهاز منظم ضربات القلب الدائم أو المؤقت حسب الحاجة (Pale Maker).

(٤) نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين القانون والشرع د/ سميرة عابد ديات صـ٢٤٢، وينظر نفس المعنى القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ١٦٨.

(٥) أما استمرار عمل القلب والمنفسة إنما هو عمل مؤقت لا فائدة منه، إذ إن القلب سيتوقف حتماً خلال ساعات أو أيام على الأكثر من موت الدماغ، ينظر: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد على البار، صـ٣٢.

(٦) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د/ أحمد شرف الدين صـ١٦٨.

(٧) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ١٦٨، ونفس المعنى: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٤٣.

فمتى تحققت وفاة الشخص بموت خلايا مخه، فمن الممكن المحافظة على حياة أعضائه وأنسجته حتى لا يلحقها الموت الخلوي[1] بتزويدها بالدم المحمل بالأكسجين وغيره من ضروريات الحياة، عن طريق أجهزة الإنعاش الصناعي وبهذا يمكن الاستفادة منها لا عند صاحبها لأنه قد مات بموت مخه، ولكن عند غيره من الأحياء[2].

ومن هنا تبرز الحاجة إلى إصدار تشريع يواكب التقدم والاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية لتحديد الأساليب العلمية لتقرير حالة الوفاة، وعدم تركها للطبيب، دون إلزامه بوسائل أو أساليب معينة، فعدم تحديد لحظة الوفاة قد يؤدي إلى أن يتحول الموت الظاهري إلى موت حقيقي[3] إذا سارع الطبيب باستئصال الأعضاء من الشخص قبل تحقق موته، وبالتالي فإنه من الضروري بل ومن اللازم تحديد لحظة الوفاة بدقة، وطبقًا لقاعدة مسبقة يسترشد بها لتحديد الوفاة[4] ولكن الخلاف قائم بين رجال القانون في من يملك تحديد لحظة الوفاة هل هم الأطباء أم رجال القانون وما هو معيار الموت؟ وهو ما سنلقي عليه الضوء من خلال هذا المبحث حيث سنقسمه إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : من يملك تحديد لحظة الوفاة؟.

المطلب الثاني : المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة.

المطلب الثالث : المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة.

---

(١) هو أحد أنواع ثلاثة يمثل كل نوع منها مرحلة من مراحل الموت، ففي الأحوال العادية يحدث الموت الإكلينيكي في مرحلة أولى حيث يتوقف القلب والرئتان عن العمل، وفي مرحلة ثانية تموت خلايا المخ بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأكسجين للمخ، وبعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو إلى آخر، وفي نهايتها تموت هذه الخلايا، فيحدث ما يسمى بالموت الخلوي وهو يمثل المرحلة الثالثة للموت، الطب الشرعي، د/ محمد سليمان، القاهرة ط ١٩٥٩م صـ٨١ وما بعدها.

(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د/ أحمد شرف الدين صـ١٦٠.

Charaf El Dine (A) : "Droit de la Transplantation d'organes" etude comparativethese, Paris 1975, No. 672.

(٣) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ١٦٩.

(٤) عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية د/ سمير عابد ديات صـ٢٤٤.

المطلب الأول

من يملك تحديد لحظة الوفاة؟

القانون لا يعترف بدرجات متفاوتة لموت الإنسان، فهو إما أن يكون حياً أو ميتاً[١] ولكن المعطيات البيولوجية الحديثة أوجدت حالة ثالثة للإنسان، وهي الحالة الحديثة بين الحياة والموت أي وجوده في غيبوبة عميقة، وآيا كان الأمر فقد غدا التصور القانوني للوفاة لا يتفق والمفهوم الطبي لها، وهناك اتجاهان في شأن تحديد لحظة الوفاة:

الأول: يرى ضرورة أن يصدر تشريع لتعريف الوفاة.

الثاني: يقرر أن هذه مسألة فنية يجب أن تترك لضمير الطبيب.

الاتجاه الأول: يرى أنصاره ضرورة صدور تشريع يحدد ماهية الوفاة[٢].

ففي نظر أصحاب هذا الاتجاه يجب أن يستأثر القانون وحده بتحديد لحظة الوفاة، وطالما أن الشخصية القانونية للفرد " منحة من المشرع " وهي بذاتها مصدر جميع الحقوق اللصيقة بالشخصية، فيصبح من الضروري ألا تخضع هذه المنحة لمعايير شخصية استبدادية مستمدة من محض اعتبارات نفعية، أو سيكولوجية، أو أيدلوجية[٣].

وإذا كانت الوفاة حتى وقت قريب تعتبر ظاهرة طبيعية وبسيطة ويمكن إدراكها بالحواس العادية، ومن ثم فليست بحاجة إلى تعريف قانوني، فإن الأمر في الوقت الحالي قد تغير وأصبح وجود تعريف للوفاة أمراً مهماً جداً، ولاسيما في مواجهة الاكتشافات الطبية الحديثة، وبالأخص في مجال نقل وزراعة الأعضاء الحيوية كالكبد و القلب و التي تستمد مشروعيتها من ضرورة التحقق من وفاة المعطي[٤]، وحيث إن مسألة الموت من المسائل التي تخص الجماعة ، فإنه من الضروري مناقشتها من العامة أو

---

(١) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٥٩٤.

(٢) نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/ شعلان سليمان محمد السيد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، سنة ٢٠٠٢م، صـ٣٧٩.

(٣) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٥٩٦.

(4) G: Bricmont, Lesproblemés Juridiques posés parles Prélevements d,organes sur Lecadavre, J :T : 1971, P: 145 -147 .

البرلمان، لتنتهي بوضع تشريع يتم بلورته، ويستوحى من الضمير الاجتماعي والإنساني، والاعتبارات الطبية والقانونية[1].

والمشكلة في هذا الموضوع المطروح أن السادة الأطباء أو بعضهم يريد أن يعتبر الموت شأنًا طبيًا خالصا وما على القانون إلا أن ينفذ ما يقولون به بوصفه أداة لعملهم المشمول بتخصصهم وحدهم، والحقيقة أنهم وإن كانت مشورتهم لازمة لتعريف الموت فهم لا يستقلون بهذا التعريف، ولا يملكون التقرير فيه وحدهم[2].

ووضع تعريف قانوني للوفاة من شأنه أن يحقق الطمأنينة لدى الرأي العام، لأنه من الممكن أن يقوم الطبيب بدافع تحقيق نصر علمي إلى إعلان الوفاة مبكراً لشخص حتى يتسنى له نقل أحد أعضائه، فيكون وضع معيارٍ لتحديد لحظة الوفاة ضمانةً لعدم تحقق ذلك.

كما أن تحديد لحظة الوفاة من شأنه أن يفيد الطبيب في معرفته حدود مشروعية أعماله من الناحية القانونية، لأن القانون هو الذي يحدد للطبيب المباح و المحظور من وجهة نظر المجتمع[3].

كما أن الموت ليس واقعة طبية فقط، وإن كانت خبرة الطبيب بطبيعة الحال هي ما عليه العمل في التثبت من حدوثه، ولكن الموت أيضًا هو حقيقة دينية فلسفية وواقعة قانونية وحالة اجتماعية، وهو كحقيقة دينية فلسفية يتعلق بوجود الروح وخروجها من الجسم الحي فتتركه ميتًا، وهو كواقعة قانونية يشكل آثارًا يصعب حصرها من حيث انقضاء الحقوق وانتقالها ونشوئها، وهو كحالة اجتماعية تحدث في كل بيئة يتوقف إدراكه على وسائل التبين الممكنة في البيئة التي يحدث فيها الموت، فضلاً عن آثاره المتعلقة بعلاقات القرابة وعلاقات العمل والنشاط الاجتماعي[4].

---

(١) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زراعة الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ١٨١.

(٢) نقل الأعضاء في ضوء الشريعة والقانون، المستشار/ طارق البشري ، بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية.
http://www.islamonline.net/Arabic/contemporary/tech/2001/article1-16.shtml

(٣) Doll. "Le droit de disposer de son cadavre ades fins, therapeutiques, ou seientifiques", Rev. sc. crim. no. 1, 1971, p.76.

مشار إليه في: رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٥١٧.

(٤) فتوى مجلس الدولة المصري حول قضية نقل الأعضاء، الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، في ١٩٩٥/٩/٦م، وذلك ردا على كتاب أ.د/ وزير التعليم المصري رقم ١٦٧ بتاريخ ١٩٩٤/٥/٣٠م الموجه إلى قسم التشريع بمجلس الدولة [المصري] في شأن طلب مراجعة مشروع قانون بإنشاء بنوك للصمامات والشرايين الآدمية، وتم عرض مشروع القانون وما أثير في شأنه من مسائل قانونية على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع؛ حيث نوقش في جلساتها المنعقدة في ٣١ من مايو و٧ يونيو و٢١ من يونيو سنة ١٩٩٥م.

الاتجاه الثاني : أن تعريف الوفاة مسألة طبية.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن كل فن له العلوم التي يدرسها ويحدد ماهيتها ولذا فإن كل ما يختص بحياة الشخص سواء من حيث تحديد لحظة حياته أو وفاته، هو من أساسيات علم البيولوجيا[١] ولذا فإن الوفاة واقعة بيولوجية والمفروض أن يترك تقديرها لأهل الاختصاص وهم الأطباء[٢].

ووضع تعريف قانوني للموت هو أمر يتعارض مع التقدم الطبي، لأن العلوم الطبية في تقدم مستمر فقد كان إلي وقت قريب توقف القلب عن العمل هو المعيار الأساسي في تحديد لحظة الوفاة، ولكن نظراً للتقدم الطبي، وظهور وسائل الإنعاش الصناعي تغير الحال، ولذا فإن حصر الموت في تعريف قانوني معين سيكون عرضة للتغيرات المتلاحقة نظراً للسرعة في المجال الطبي[٣]، وهو الأمر الذي يتنافى مع ما يجب أن تكون عليه القاعدة القانونية من استقرار نسبي، وقد أحسن المشرع المصري، عندما لم يعرف الوفاة ، ولم يحدد معياراً لها ، وترك المسألة لتقدير الطب[٤].

وقد أوصى مؤتمر بيروجيا ،المنعقد بمدينة سيدني الاسترالية عام ١٩٦٨م بأنه لا يقع على رجل القانون، وضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة، وتحديد الطرق أو الوسائل التي يمكن بها التأكد من الوفاة، بل إن هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصاتهم ودراستهم ونشاطهم الفني رائدهم في ذلك شرف المهنة، وعلى الطبيب أن يكون ملماً بأحدث معطيات العلم في هذا الشأن[٥].

---

(١) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د/ محمد سامي السيد الشوا صـ٥٩، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون سلامة، صـ٥١٨.

(٢) الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، د/ محمد سعد خليفة، صـ٢٢ .

(٣) نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن، د/ نصر الدين مروك، صـ٣٢٤ .

(٤) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، د/ حسام الأهواني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ١٩٧٥، العدد الأول السنة السابعة عشر، صـ١٠، وزراعة الأعضاء والقانون ، د/ أحمد شرف الدين، مقالة منشورة بمجلة الأمن العام بالكويت العدد ٧٦ ، صـ٣٦- ٣٨.

(٥) رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون سلامة، صـ٥١٨.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه، أنه لابد أن يُترك الأمر في تحديد لحظة الوفاة إلى الطب وفقاً للأساليب العلمية الحديث ولكن على المشرع أن يضع القواعد القانونية التي يسترشد بها الطب عند تحديد لحظة الوفاة (١).

ويلاحظ على هذا الرأي أنه لا ينحي القانون جانباً وبصورة مطلقة بل يتمسك بقاعدة أن القانون وإن كان لا يُعرف الموت، إلا أنه يساهم في إرساء بعض القواعد والمبادئ التي تمكن من تسهيل مهمة الأطباء وأدائهم وواجباتهم والمسئوليات الملقاة على عاتقهم، عن طريق صدور الأنظمة من الجهات الطبية المعنية(٢)، وباستقراء التشريعات المختلفة نجد أن هناك تشريعات نظمت تعريف الوفاة في حين أن هناك تشريعات أخرى أغفلت ذلك وسوف نعرض لها فيما يلي:

أولاً: التشريعات التي نظمت تعريف الوفاة(٣):

تضمنت بعض التشريعات نصوصاً حددت بموجبها مفهوم الوفاة ومنها:

التشريع اليوغسلافي:

صدر مرسوم القانون اليوغسلافي الخاص بتنظيم عمليات استقطاع الأعضاء في ١٥ مايو عام ١٩٨٢م(٤).

وقد نص في المادة الثالثة "....ويجب أن تثبت وفاة الشخص قبل القيام بعملية استقطاع الأعضاء لأغراض علاجيه، وذلك وفقاً للمعايير الطبية التي تُقرر ذلك، وأن يثبت بطريقة نهائية توقف القلب والمخ عن أداء وظائفهما ".

وبذلك يكون المشرع اليوغسلافي قد حدد تعريف الموت بأنه توقف كل من المخ والقلب عن أداء وظائفهما.

---

(١) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د/ محمد سامي السيد الشوا صـ٦٠٠.
(٢) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ، د/ حسام الأهواني، صـ١٨٣.
(٣) راجع هذه التشريعات: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د/ محمد سامي السيد الشوا صـ٦٠١.
(4) Recueil international de Législaion sanitaire : 1983, P : 814 a 816
مشار إلية : الحق في الحياة وسلامة الجسد، د/ محمد خليفة، صـ٢٦.

التشريع الأسباني:

حدد المرسوم الملكي الأسباني[1] رقم ٤٢٦ في ٢٢ فبراير عام ١٩٨٠ م، والخاص بتطبيق القانون رقم ٣٠ الصادر في ٢٧ أكتوبر عام ١٩٧٩م ،والمتعلق باستقطاع الأعضاء لأغراض النقل مفهوم الموت من خلال ما تضمنته المادة العاشرة والتي نصت :

"ولا يمكن استقطاع الأعضاء الحية من جسم الإنسان المتوفى لاستخدامها في أغراض النقل إلا بعد التأكد من وفاة المخ والملاحظة الفورية للعلامات الآتية":

- انعدام أي استجابة مخيه و فقدان الإحساس التام .
- انعدام التنفس التلقائي
- انعدام المنعكسات المخية المقترنة بالتيبس المفصلي و أتساع حدقتي العين.
- عدم تلقي جهاز رسم المخ أي إشارة .

وبذلك يكون المشرع الأسباني قد أخذ بمفهوم وفاة المخ لتعريف الوفاة.

التشريع الأرجنتيني:

ورد في المادة ٢١ من القانون الأرجنتيني[2] رقم ٢١٥٤١ و الصادر في ٢١ مارس عام ١٩٧٧م والخاص بعمليات استقطاع الأعضاء و نقلها "....و تعتبر شهادة وفاة المعطي صحيحة متى كانت صادرة عن فريق طبي مكون من طبيب إكلينيكي، وأخصائي أعصاب وأخصائي قلب والذي لم يشارك بعد في عملية استقطاع الأعضاء أو نقلها ، وتثبت الوفاة من خلال التوقف التام و النهائي لوظائف المخ "

وبذلك يكون المشرع الأرجنتيني قد جعل التوقف التام و النهائي لوظائف المخ معياراً للوفاة .

التشريع السويسري :

وفقاً للمادة ٣١ من القانون المدني السويسري[3] يعتبر الشخص متوفياً متى توقفت لديه وبصفه نهائية وظائف المخ، حتى لو استمر نبض قلبه وتنفسه يعملان بأساليب صناعية وبذلك يكون المشرع السويسري قد أخذ بمعيار موت المخ كمعيار للوفاة.

---

(1) Rec int lég sanit : 1981, P : 764.

(2) Rec int lég sanit : 1977, P :777.

(3) Jean Guinad, Le corps humain, personnalité juridique, et famille en droit Suisse, travaux de L,Association Henri capitant, T.xxvi, D.1975; p.167.

التشريع الأمريكي

صدر في ولاية تكساس بالولايات المتحدة الأمريكية قانون بتاريخ أول يوليو عام ١٩٧٠م مقرراً أن مركز الحياة في الإنسان هو المخ وليس القلب، و مؤدى ذلك أن توقف وظائف المخ عند الشخص هو المعيار الحاسم للتقرير بوفاته[(١)] وفي عام ١٩٨١م أصدر الرئيس الأمريكي رونالد ريجان أمره بتكوين لجنة من كبار الأطباء والقانونيين وعلماء الدين لدراسة موضوع موت الدماغ، وقررت هذه اللجنة اعترافها بموت الدماغ، ووافقت قانونياً عليه خمس وعشرون ولاية، ورغم أن باقي الولايات لم تعترف بموت الدماغ إلا أن القضاء في هذه الولايات يأخذ بصورة عامة بهذا المعيار[(٢)].

التشريع الإنجليزي :

يحرم المشرع الإنجليزي ممارسة أي عملية استقطاع أعضاء من جثة الشخص المتوفى وذلك قبل توقف جهاز الدورة الدموية لديه عن العمل، ومن ثم يعتد المشرع الإنجليزي في تحديد لحظة الوفاة بتوقف جهاز الدورة الدموية عن العمل التلقائي[(٣)] ثم تغيرت هذه النظرة بعد أن قدمت لجنة الكليات الملكية البريطانية، وكليات الطب مقترحاتها وتعريفاتها لموت الدماغ عامي ١٩٧٦، ١٩٧٩م، وقد أكدت هذه التعريفات أن موت جذع الدماغ يعني موت الدماغ عند وجود إصابة بالدماغ لا يمكن معالجتها[(٤)].

ثانياً: التشريعات التي لم تنظم مسألة الوفاة:

التشريع الفرنسي :

خلى التشريع المدني الفرنسي من أي نص خاص لتعريف الوفاة، وكان صدور المرسوم رقم ٢٠ في أكتوبر عام ١٩٤٧م أول قانون يتعرض للوفاة حيث أحال التحقق من

---

(١) أشار إليه: د/ حسام الدين الأهواني، في المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية , صـ١٨١ هامش ٢٦٠ ، ونقله عنه د/ محمد سامي السيد الشوا، في رسالته الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم صـ٦٠٤.

(٢) عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٥٥ .

(٣) Royer et Bittard, transplantation d,organs, Rev.de droits de I,homme 1974,p.414

(٤) ومن هذا يتبين أن مفهوم الموت لدى المدرسة البريطانية، تحول من موت القلب إلى موت الدماغ — كل الدماغ— ثم من موت كل الدماغ إلى موت جذع الدماغ، راجع ذلك : عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٥٦ .

الوفاة إلى أساليب فنية[١]، وذلك من خلال اشتراطه أن يتم إثبات الوفاة بواسطة اثنين من الأطباء التابعين للمنشأة والتي يجب عليهما ممارسة جميع الأساليب الصحية والمعترف بها من وزير الصحة للتأكد من حقيقة الوفاة[٢].

وبخصوص أساليب التحقق من الوفاة فقد صدر بشأنها منشور وزارة الصحة بتاريخ ٣ فبراير عام ١٩٤٨م والذي أوصى بإتباع أسلوبين في هذا المجال .

أولهما: قطع أحد شرايين الجسم للتأكد من توقف الدورة الدموية[٣].

ثانيهما : الحقن الوريدي الذي يترتب عليه تغبش قرنية العين[٤].

ثم صدر بعد ذلك منشور وزارة الصحة في ١٩ سبتمبر عام ١٩٥٨م، والذي أوصى بإحلال اختبار الأثير[٥] Signe de I، éther محل الحقن الوريدي، والوارد في المنشور السابق.

ثم صدر بعد ذلك قرار وزير الصحة الفرنسي بتاريخ ٢٤ أبريل عام ١٩٦٨م[٦] والذي جاء فيه " أن وسائل التثبت من الموت القائمة على توقف القلب والدورة الدموية أصبحت الآن غير دقيقة، فمن ناحية فهي تعتبر غير كافية الآن، لأن هناك وسائل

(١) Leclére, les autopsies et lerespect des droit de la personne humaine, D. 1964, 3oct., p.167

(٢) وقد انتهج قانون ٧ يوليو عام ١٩٤٩ م والخاص بعمليات ترقيع القرنية نفس الأسلوب، ينظر الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د/ محمد سامي السيد الشوا، صـ٦٠٦.

(٣) فعند قطع أحد الشرايين السطحية مثل الشريان الكعبري يتدفق الدم من الشريان إذا كان الشخص حياً مع كل نبضة من نبضات القلب، بينما يسيل الدم قليلاً ثم يتوقف إذا كان الشخص ميتاً، راجع: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٢٨.

(٤) وهذه الطريقة تسمى (ICARL) أو اختبار الفلوروسيئين (مادة ملونة صفراء) وتتألف من حقن ماء مضاف له فلور نشادري أو صوديوم ضمن الوريد فإذا كان الموت ظاهريا فإن غشاء العين يتلون بلون أصفر ضارب إلى الخضرة بعد حوالي نصف ساعة، ويصبح جلد الإنسان أصفر بشكل متأخر، وكذلك البول بعد ساعة أو ساعتين من الحقن الوريدي، أما إذا لم يحدث هذا فيمكن إعلان الموت، ينظر: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ احمد عبدالدايم , صـ٢١٥ .

(٥) وهو سائل شديد التبخر والاشتعال و يمكن أن يحل محل الفلوروسيئين حيث يجري حقن الأثير تحت الجلد فينتشر السائل ضمن أنسجة الجسم إذا كان موت الشخص ظاهرا أما إذا كان الموت حقيقيا فإن السائل يخرج بمجرد سحب الإبرة من جسمه .

p.-j.Doll: la discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain 1970 p.197

مشار إليه في: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني د/ احمد عبدالدايم صـ ٢١٦.

(٦) لم ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية و إنما نشر في الجريدة الرسمية لوزارة ا لشئون الاجتماعية رقم ١٨١ لسنة ١٩٦٨م.

عديدة للإنعاش مثل تدليك القلب والصدمة الكهربية التي من شأنها أن تعيد الحياة إلى المرضى الذين توقفت قلوبهم عن النبض.

ومن جهة أخرى ، فإن حياة بعض الأعضاء مثل الرئة و القلب يمكن أن تعمل لفترة من الزمن بواسطة الأجهزة الصناعية بالرغم من أن الشخص يكون قد مات بصورة نهائية لا رجعة فيها بسبب وفاة أعضاء أخرى أساسية لوجود الحياة مثل الجهاز العصبي و المخ بالذات[١].

وبذلك فإن الوسائل التقليدية وإن كانت تصلح للتحقق من الموت في أغلب الأحيان إلا أنها أصبحت غير صالحة، ولا يمكن تطبيقها في بعض الحالات الأخرى، وبالتالي فإنه لا مفر من اللجوء إلى معايير جديدة لتحديد لحظة الوفاة [٢].

وبعد استشارة مجلس نقابة الأطباء الوطنية الفرنسية وأكاديمية الطب الوطنية ولجنة التشريع استناداً لنصوص القرار الوزاري الصادر في نيسان ١٩٥٤م المعدل بالقرار الوزاري الصادر في ١٥ نوفمبر ١٩٦١م فقد حدد أن التحقق من وفاة شخص خاضع للإنعاش الممتد يتم بعد استشارة طبيبين حيث يجب أن يكون الأول بالضرورة رئيس قسم في مشفى أو نائبه المرخص له ذلك قانوناً، ويجب أن يكون الآخر قدر الامكان متخصص برسم الدماغ، ويجب أن يستند هذا التحقق من الموت على وجود أدلة متلازمة لعدم شفاء الضرر الذي لا ينسجم مع الحياة، وأن يعتمد بشكل خاص على الطابع التخريبي لتضرر الجملة العصبية المركزية بحيث يكون غير قابل للشفاء أبداً[٣].

ويجب أن يحرر محضر لإثبات الوفاة، ويوقعه اثنان من الأطباء، ويحرر من ثلاث نسخ حيث يحتفظ كل من الموقعين بنسخة في حين ترسل النسخة الثالثة للإدارة

---

(١) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/محمد سامي الشوا ، صـ٦٠٦.
(٢) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد الشوا صـ٦٠٧.
(٣) ويجب أن يعتمد هذا التأكد بشكل خاص على:
- تحليل الظروف التي أصيب فيها الجهاز العصبي.
- الطابع الصناعي الكلي للتنفس الذي تمت المحافظة عليه فقط باستخدام أجهزة التنفس.
- الانعدام التام لأي رد فعل في الجسم و استرخاء العضلات تماما وانعدام الانعكاسات الحديثة.
* زوال أي أثر لرسم موجات الدماغ (أثر معدوم بدون رد فعل ممكن) سواء كان مَن تلقاء نفسه أو بواسطة وسائل الإنعاش الصناعي وذلك خلال فترة كافية عند مريض لم يحصل عنده فتور في الحرارة ولم يحصل على مخدر أو مسكن، راجع في ذلك: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢١٧، والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٠٧ .

المسئولة عن المستشفى التي كان الشخص موجوداً بها[1] ويسمح التأكد من وفاة الشخص ووجوده في حالة غيبوبة دائمة برفع أجهزة الإنعاش الصناعي عنه[2].

ثم صدر القانون رقم ٧٦-١١٨١ في ٢٥ ديسمبر والخاص بعمليات استقطاع الأعضاء والذي نص في المادة الرابعة فقرة أربعة على ضرورة استصدار قرار من مجلس الدولة يحدد بمقتضاه الإجراءات والطرق التي يجب التأكد من حدوث الموت استنادا إليها[3].

وبالفعل صدر المرسوم رقم ٧٨- ٥٠١ في٣١ مارس ١٩٧٨م[4] والذي نص في مادته رقم ٢١على أن إثبات الوفاة يرتكز بصفة أساسية على الأدلة الإكلينيكية المتطابقة، والتي تسمح للأطباء بإقرار الوفاة، والإجراءات المستعملة لهذا الغرض، ويجب أن تكون الإجراءات المستخدمة لهذه الغاية مقبولة من قبل الوزير المفوض بالصحة، بعد استشارة الأكاديمية الوطنية للطب والمجلس الوطني لنقابة الأطباء[5].

وأخيراً صدر قانون ٢٩ يوليو ١٩٩٤م والمعروف بقانون الصحة العامة[6]وقد نصت المادة ل٧-٦٧١منه على "....لا يمكن أن يتم اقتطاع الأعضاء من شخص ميت ...إلا بعد التأكد من حدوث الموت استناداً للشروط المحددة بمرسوم مجلس الدولة "

وبالتالي فإن قانون الصحة العامة هذا لم يأتي بأي تعديل على قواعد براهين الوفاة قبل اقتطاع الأعضاء وإنما هو يعطي فقط أساساً تشريعياً للنصوص الموجودة سابقاً في مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م والتي تنص.."يجب أن يتبع الأطباء الذين يحررون شهادة الوفاة من ناحية، وأولئك الذين يقومون باقتطاع وزرع الأعضاء من ناحية أخرى وحدات وظيفية أو خدمية مستقلة [7].

---

(١) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، د/ أحمد عبدالدايم، صـ٢٢٠.

(2) F.D'Allains, Les problémes posés par les prélevments d,organs sur un mort en survie artificielle, cahiers Laenec, mars 1966, p.46-47.

مشار إليه: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٧.

(٣) الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من قانون ٢٢ديسمبر ١٩٧٦م .

(4) Cité in "Juris-classeur périodique" semaina juridique : 1978- 111-74194.

(٥) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٢٢ .

(٦) الجريدة الرسمية ٣٠تموز ١٩٩٤ م .

(٧) j.savatier "الاقتطاع من جسم الإنسان لمصلحة الآخرين les petites affiches العدد ١٤٩ ، ١٤ ديسمبر ١٩٩٤م , صـ١٠، مشار إليه: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٢٢.

التشريع المصري :

لم يتضمن التشريع المدني المصري أي نص بشأن تعريف الوفاة، وقد أشار القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠م في شأن الأحوال المدنية والمعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥م في مادته التاسعة والعشرون على ضرورة الإبلاغ عن الوفاة في خلال ٢٤ ساعة من حدوثها وقد استلزمت المادة ١/٣٢ من هذا القانون بعض البيانات التي يجب أن يشمل عليها التبليغ ومنها يوم الوفاة وتاريخها وساعتها ومحلها ولا يتم القيد في دفتر الوفيات إلا بعد تقديم شهادة بالوفاة وسببها وأن تكون صادرة من طبيب مصرح له بمزاولة مهنة الطب، وفي حالة عدم وجود شهادة طبية يقوم طبيب الصحة في المدن التي بها مكاتب الصحة أو مندوب الصحة في القرى بإجراء الكشف على الجثة.

وهكذا ترك القانون المصري للطبيب سلطة التحقق من تاريخ الوفاة وسببها ولم يحدد له وسائل معينه يستطيع بواسطتها التحقق من الوفاة، فهذه مسألة وقائع متروكة لمطلق تقدير الطبيب والذي عليه أن يراعى في ذلك أحوال المهنة[١].

وعندما أصدر المشرع المصري القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م الذي ينظم عمليات ترقيع القرنية، فالقرار الوزاري رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٦٣م والصادر من وزير الصحة بشأن تطبيق هذا القانون لم يهتم المشرع بوضع تعريف للوفاة أو حتى تحديد لحظتها حيث إنه لم يلزم الطبيب بإيضاح ساعة وسبب الوفاة قبل استئصال العين ولم يحدد له أيضاً أساليب التحقق من الوفاة .

وهذا الاتجاه يتلاءم مع ما يراه البعض من الفقه المصري[٢] من وجوب ترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للطبيب وفقا للقواعد المقبولة والمعمول بها داخل الحقل الطبي.

وهناك من فرق[٣] بين كون الوفاة واقعة قابلة للتحقق وبحدوثها تتقلص كل حماية قانونية واجبة للشخص سواء فيما يتعلق بحياته أو سلامة بدنه، فيصير من الضروري أن ينظمها المشرع بقاعدة قانونية على قدر من الثبات والاستقرار كأن تتضمن هذه القاعدة النص على أن وفاة الشخص "هي التوقف التام والنهائي لجميع وظائف المخ"، ويجب أن يترك معايير التحقق من الوفاة للمنشورات الطبية والتي تنطوي على توجيهات منتظمة وفقاً لأحدث المعطيات العلمية في ضوء قواعد آداب مهنة الطب.

---

(١) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د/ محمد سامي الشوا صـ٦١٠.
(٢) زراعة الأعضاء والقانون د/ أحمد شرف الدين مقالة منشورة في مجلة الأمن العام العدد٧٤ صـ ٣٦ ،٣٨ .
(٣) رأى د/ محمد سامي الشوا،في بحثه الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، صـ٦١١.

المطلب الثاني

المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة

تتحقق الوفاة بالتوقف النهائي للقلب والجهاز التنفسي:

وفقًا لهذا المعيار يعتبر الشخص ميتًا بالتوقف النهائي للقلب (الدورة الدموية) وتوقف الرئتين (الجهاز التنفسي) عن العمل [1]، وعلى أساس هذا المعيار لا يجوز للطبيب الجراح استقطاع أي عضو قبل توقف القلب تلقائيًا عن العمل وموت خلاياه وتوقف التنفس حيث لا يعتبر الشخص متوفى إلا بموت القلب والرئتين [2].

ولا يمكن في نظر أصحاب هذا الاتجاه الأخذ بفكرة موت الدماغ، لأن من مات دماغه في نظرهم ليس بميت، ولا تترتب عليه أحكام الموتى، بل يعامل معاملة الأحياء الذين هم في مرض الموت أو ما يسمى بالغيبوبة، ولا مساس لجسده باستقطاع عضو من أعضائه، وإلا فإننا نقتل إنسان لأجل إنقاذ إنسان أخر [3].

وقد وجه إلى هذا المعيار النقد من عدة جوانب:

١- هذا المعيار أصبح غير كاف وغير مطابق للواقع، فتوقف القلب عن العمل وتوقف الجهاز التنفسي ليس دليلاً حاسمًا على الموت الحقيقي للإنسان، لأنه من الممكن أن يتوقف قلب الإنسان عن العمل في نفس الوقت التي تظل فيه خلايا القلب حية، فموت هذا الإنسان ليس إلا موتًا ظاهريًا [4].

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١٧١، ورضاء المريض بالأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٥٢١، والحق في الحياة وسلامة الجسد، د/ محمد سعد خليفة، صـ٢٤، وعمليات نقل وزرع الأعضاء، د/ سميرة عايد ديات، صـ٢٤٤، والطب الشرعي، د/ محمد سليمان، القاهرة، صـ٨١ وما بعدها.

(٢) نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد محمد بدوي، صـ١١٦، مطبعة سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية بالقاهرة، سنة ١٩٩٩م.

(٣) نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ٢٧٢.

(٤) وقد عرف الأستاذ (Vigouraux) الموت الظاهري بأنه التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة: التنفس، النبض، خفقان القلب، لشخص ما زال حيا، ولكنه يظهر بمظهر الميت. ولذلك لا يجوز استقطاع أي عضو من جسم هذا الشخص لأنه لا يعتبر ميتا.

Dans "les limites de la vie", le concours médical, No. 1, 1969, cité par Doll : op. cit., p. 199.

مشار إليهم في: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١٧١.

٢- كما أن هذا المعيار غير دقيق لتحديد لحظة الوفاة في الحالات التي يكون فيها الإنسان بين الموت والحياة، لأن العلم توصل إلى اكتشاف وسائل عديدة للإنعاش الصناعي، تعيد الحياة إلى القلب الذي توقف بصفة مؤقتة(١)، وهنا يدخل الشخص في غيبوبة نهائية(٢)، والتي تعني التوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية العليا نتيجة إصابة المخ بتلف كبير غير قابل للإصلاح، حتى ولو ظلت وظائف القلب والجهاز التنفسي تؤدي دورها صناعيًا بواسطة ما يسمى (بالقلب الرئة)(٣) (preparation Coeur-pumons)، فإذا مات الإنسان موتًا حقيقيًا بموت خلايا مخه، فإنه يستحيل عودة هذه الخلايا إلى الحياة، وبالتالي يستحيل عودة هذا الشخص إلى وعيه وإلى حياته الطبيعية(٤).

٣- هذا المعيار يقف حجر عثرة أمام التقدم العلمي، فهو لا يصلح لإجراء عمليات نقل بعض الأعضاء المفردة كالقلب والكبد، لأن هذا النوع من العمليات يتطلب سرعة استئصال هذه الأعضاء للمحافظة على قيمتها البيولوجية، فالقلب إذا ماتت خلاياه، أصبح غير صالح لزرعه في جسد شخص آخر، كما لا توجد بالنسبة للكبد، أجهزة تستطيع أن تؤدي وظيفته مؤقتًا، إذا لم يتم استئصاله بسرعة(٥).

ومن هنا تظهر الحاجة إلى معيار جديد لتحديد لحظة الوفاة يضمن احترام الحياة الإنسانية ويحفظ في نفس الوقت القيمة التشريحية للعضو المراد استئصاله.

---

(١) الحق في الحياة وسلامة الجسد، د/ محمد سعد خليفة، صـ٢٤.

(٢) وهذه الحالة تختلف عن الغيبوبة العميقة والمعروفة باسم: (Coma Prolnge) والتي تعني بقاء خلايا الدماغ سليمة دون عطب ولكن المريض يبقى فاقدا لكل إدراك وقدرة على الاتصال بالعالم الخارجي، ويعتبر في هذه الحالة إنسانا سليما، ويتم ربطه بأجهزة الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته ، وبالتالي تبقى خلايا دماغه حية، ينظر: عمليات نقل وزرع الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٤٧، ٢٤٨.

(٣) ينظر : الحق في الحياة وسلامة الجسد، د/ محمد سعد خليفة، صـ٢٤.

(4) Guinand (J.) : Le corps humain, personnalité et famille en droit Susse, rapport presenté aux travaux Captian, op. cti., pp. 167 – 168.

(٥) ينظر : القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٧٢، والحق في الحياة وسلامة الجسد، د/ محمد سعد خليفة، صـ٢٤، وعمليات نقل وزرع الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٤٦.

المطلب الثالث

المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة

أثار موضوع نقل وزراعة الأعضاء البشرية ضرورة البحث عن معيار جديد للوفاة حيث إن التثبت من موت المعطي هو أحد الموضوعات الهامة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء خاصة الأعضاء الحيوية كالقلب والكبد، وقد أثيرت مشكلة تحديد لحظة الموت الحقيقي، بعد اكتشاف العلوم الطبية الحديثة للحدود الفاصلة بين الحياة والموت[(١)]، فقد استقر الطب الحديث على أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية[(٢)]، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة، وبالتالي يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه وإلى حياته الطبيعية[(٣)]، وهنا يدخل هذا الشخص في حالة ما يسمى (بالغيبوبة الكبرى أو النهائية)[(٤)] (Coma dépassé) وهذه الحالة تختلف عن حالة (الغيبوبة العميقة)[(٥)] (Coma prolongé)، التي يفقد فيها الشخص كل إدراك وقدرة على الاتصال بالعالم الخارجي، رغم أن خلايا

---

(١) ولمزيد من التفاصيل حول الحدود الفاصلة بين الحياة والموت، ينظر:

Colloque de Marseille sur "les états frontières entre 1 et la mort", Marseille chirurgical, numéro de janvier – fé 1966.

Travaux de l'institut de sciences criminelles de po 1979, I, sur problèmes juridiques médicaux et social la Mort, diagnostic de la mort, prélèvements d'org suicide euthanasie, éd. Cujas, 1979.

(٢) راجع في ذلك: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين صـ١٥٥، والمشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء، د/ حسام الأهواني، صـ١٧٢، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١٧١، وموت القلب أم موت الدماغ، د/ محمد على البار، صـ٧١.

(٣) ينظر :عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٤٧، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٧٤.

(٤) Savatier (J.) : Op. cit., p. 91; Faurgaux (J.C.) et Py (J.) : Op. cit., p. 86; Ceccaldi (P.E.) : et Durigon (M.) : Op. cit., p. 30.

ويقصد بحالة الغيبوبة النهائية توقف المخ نهائيا بما في ذلك المراكز العصبية الهامة التي تتحكم في الوعي والكلام والحركة والذاكرة والتنفس والسمع والبصر والدورة الدموية والسيطرة على الغدد وعلى درجة الحرارة وتنظيم وظائف الأعضاء الهامة، وقد أثبت الطب الحديث عدم الفائدة من استمرار علاجها بكافة الوسائل الصناعية. ينظر في ذلك : الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، د/ أحمد جلال الجوهري ، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨١، صـ١٢٦، ١٢٧.

(٥) ويلاحظ أن الشخص الذي في حالة غيبوبة عميقة يصبح عديم الأهلية، ومن ثم يخضع للإجراءات الكفيلة بحماية عديمي الأهلية البالغين فيما يتعلق بمصالحهم المدنية والعلاج الطبي. راجع قانون ٣ يناير ١٩٦٨، المواد ٤٩٠/١، و٤٩٢، وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، والمادة ٢/٧٠ من القانون المصري الخاص بالولاية على المال.

المخ لا تزال حية، أي أن هذا الشخص لم يمت بعد[1]، وهذا ما يبرر استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي (Lestechniques de reanimation)، لإنقاذ حياته حتى لا تموت خلايا مخه، ولهذا لا يجوز للطبيب الجراح استقطاع أي عضو من أعضائه حتى ولو أبدت أسرته موافقتها على ذلك، لأن هذا الشخص مازال حيًا في حكم القانون.

هذا وقد استقر رأي الأطباء في الوقت الحاضر على أن موت خلايا المخ الذي يؤدي إلى توقف عمل المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم، هو الحد الفاصل بين الحياة والموت[2]، ويمكن التحقق من موت هذه الخلايا عن طريق جهاز رسم المخ الكهربائي[3] الذي يؤكد توقف هذه الخلايا عن طريق إرسال أو استقبال أي ذبذبات كهربائية، فمتى توقف هذا الجهاز عن إعطاء أية إشارات لأكثر من ٢٤ ساعة، فإن ذلك يعني بالدليل القاطع موت خلايا المخ واستحالة عودتها للحياة، حتى ولو ظلت خلايا القلب حية بفضل استخدام وسائل الإنعاش الصناعية[4]، ولهذا يمكن للطبيب الجراح استئصال القلب منذ اللحظة التي تموت فيها خلايا المخ نهائيًا، وقبل وفاة القلب، فمنذ لحظة موت المخ نكون بصدد جثة واجبة الاحترام، مما يسمح معه باستئصال أجزاء منها إجراء عملية الزرع[5].

وقد أكدت الجمعية الطبية الدولية في اجتماعها الثاني والعشرين الذي عقد في مدينة سيدني باستراليا[6] عام ١٩٦٨م، بأن المصلحة الإكلينيكية التي ينبغي أن يراعيها الطبيب في عمله، لا تكمن في المحافظة على الخلايا المنعزلة، وإنما في المحافظة على

---

(١) ينظر: الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، د/ أحمد جلال الجوهري ، صـ١٢٦، وما بعدها.

(٢) ينظر:
Hamburger (J.): Progrès de la Médecine et responsabilité du médecin, IIe congrès international de morale médicale, paris. Mai 1966, T.I., p. 298, cité par Savatier : Op. cit., No. 17, p. 92.
مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١٧٥.

(٣) ينظر :
Nerson (R.) : Rapport de synthèse, in Travaux de l'Association Capitan op. cit., p. 528 – Doll : Le droit disposer ... op. cit., p. 70.

(٤) ينظر في ذلك : الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ٣٢.

(٥) ينظر: نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ٢٧١.

(٦) ينظر:
C. Pallis : from Brain Death to Brain stemdeath Br. Med J. 1982, 285 : 1487 – 1490.
مشار إليه: عمليات نقل وزراعة الأعضاء د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٥٧.

الشخص، فمسألة تحديد موت الخلايا والأعضاء أقل أهمية من مسألة التأكد من أن حالة المخ أصبحت غير قابلة للإصلاح، فموت خلايا المخ يعني موت الإنسان نفسه.

كما أعلن المؤتمر العلمي الذي انعقد في جنيف في ١٣ و١٤ يونيه ١٩٦٨م، أن معيار تحديد الموت يتمثل في الانعدام التام والنهائي لوظائف المخ[١].

غير أن هذا المعيار ليس حاسمًا في حالة الأطفال المصابين بغيبوبة، أو الأشخاص الذين في حالة تسمم خطير وغامض، أو في حالة انخفاض درجة حرارة الجسم إلى ما دون المعدل الطبيعي.

وإذا كان الطب الحديث قد استقر على أن موت خلايا المخ، هو معيار الموت الحقيقي للإنسان، إلا أنه يجب تجنب الاعتماد على جهاز رسم المخ الكهربائي — كوسيلة وحيدة — للتحقق من حدوث هذا الموت، لأن توقف هذا الجهاز لا يعني بالضرورة التوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية التي تتحكم في الجسم.

وهذا ما دفع أحد الأطباء (Pr. Gronier)[٢] إلى القول أن جهاز رسم المخ الكهربائي لا يصلح بمفرده كوسيلة للتحقق من حدوث الموت، لأنه لا يعكس من المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية، في حين أنه لا يعطي معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة، كما أنه يحتمل ألا يعطي أي إشارات لمدة محدودة، مع أن المراكز العصبية العميقة تكون دائمًا في حالة حياة، هذا بالإضافة إلى أنه توجد حالات عضوية وبيولوجية — لا سيما درجة الحرارة — تؤثر على تسجيل جهاز رسم المخ الكهربائي[٣].

---

(١) ويستند هذا المعيار أساسا على:
١- الاسترخاء التام للعضلات.
٢- التوقف التلقائي للتنفس.
٣- عدم إعطاء جهاز رسم المخ الكهربائي لأي إشارة.
ينظر:
La rapport de la commission des questions sociales et de la santé, du conseil de l'europe (Doc. 3735, 27 janvier 1976, Nos. 8 et ss).
وينظر أيضا : أعمال المؤتمر العربي الأول للتخدير والعناية المركزة الذي عقد في مدينة عمان بالأردن في أكتوبر ١٩٨٥، ومن الموضوعات التي تناولها المؤتمر تحديد معيار علمي لموت الإنسان.

(٢) مشار إليه: القانون الجنائي والطب الحديث ، د/ احمد شوقي أبوخطوة، صـ١٧٩.

(٣) الحق في الحياة وسلامة الجسد، د/ محمد سعد خليفة، صـ٢٦، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ ٥٢٦ وما بعدها.

ولذلك فإنه يلزم للتحقق من حدوث الموت، التأكد من عدم إمكانية إعادة الشخص إلى حياته الإنسانية الطبيعية مدة محددة، ومن هذا المنطلق يقترح البعض ضرورة الانتظار مدة تتراوح بين ٢٤ ساعة و ٧٢ ساعة بين عدم إعطاء الجهاز لأية إشارات وبين إعلان الوفاة رسميًا(١)، مع مراعاة الاستعانة بالوسائل الأخري الإكلينيكية للتحقق من الوفاة مثل الاسترخاء التام للعضلات، والانعدام التام لرد فعل الجسم، وانخفاض الضغط الشرياني، وانعدام التنفس التلقائي(٢).

---

(١) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ، د/ حسام الأهواني، صـ١٧٦.

(٢) ينظر :

Doll : La discipline ... op. cit., p. 208 – Savatier (J.) : Et in hora mortis Op. cit., D. 1968, p. 91.

مشار إليهم: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ احمد شوقي أبوخطوة، صـ١٧٩.

وراجع : ندوة نقل الكلى والكلى الصناعية ، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس ١٩٧٨م، المجلد الحادي والعشرون، صـ٨٧، حيث جاء فيها: أن مقاييس الوفاة تتمثل في الآتي:

- رسم كهربائي للمخ يكرر مرتين على الأقل بفاصل زمني بينهما ثلاث ساعات، يثبت عدم وجود ذبذبات كهربائية في المخ.
- أن تكون الوفاة بعد حادث يظهر تهتك المخ وليس بسبب تسمم.
- رسم للأوعية المخية يظهر عدم وصول الدم إلى المخ.

المبحث الثالث

مفهوم الموت[1] في الفقه الإسلامي

حقيقة الموت

إن تعريف الموت عند المسلمين لا يختلف عن تعريفه في مختلف الحضارات الإنسانية المختلفة والأديان التي عرفتها البشرية المتباينة، فقد اتفق المصريون القدماء، والبابليون، والآشوريون، واليونانيون، والصينيون، واليهود، والنصارى، والمسلمون، على أن الموت هو مفارقة الروح للجسد[2]، ولبيان حقيقة الموت وعلاماته فإنه ينبغي التعرض في هذا المبحث لمفهوم الموت عند الفقهاء، وعلاماته، وتأثير الروح في البدن، وموقف الفقهاء من موت الدماغ، في المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الموت عند الفقهاء.

المطلب الثاني: علامات الموت عند الفقهاء.

المطلب الثالث: تأثير الروح في البدن.

المطلب الرابع: موقف الفقهاء من موت الدماغ.

---

(١) والموت هو أفظع حادث يأتي على الإنسان في الدنيا كما قال الشاعر :
والموت أعظم حادث ... مما يمر على الجبلة. "والجبلة" : الخلق ، ومنه قوله تعالى : "وَٱتَّقُواْ ٱلَّذِى خَلَقَكُمْ وَٱلْجِبِلَّةَ ٱلْأَوَّلِينَ ﴿١٨٤﴾" [الشعراء :آية ١٨٤]، ينظر: مختصر الشمائل المحمدية: لأبي عيسى محمد بن سورة الترمذي صاحب السنن، الناشر : المكتبة الإسلامية – عمان — الأردن ، اختصره وحققه محمد ناصر الدين الألباني، صـ٣٥٣.

(٢) الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي؟ د/ محمد علي البار، بحث مقدم إلى ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي عقدت بدولة الكويت خلال شهر ديسمبر عام ١٩٩٦م ، تحت عنوان "تعريف الموت".صـ١

المطلب الأول

مفهوم الموت عند الفقهاء

الموت لغة: السكون، وكل ما سكن فقد مات[1]، والموت والحياة نقيضان، لا يجتمعان في آن واحد، لأن الموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة[2]، يزول به قوة الإحساس والنماء والتعقل[3]، فهو مفارقة الروح البدن لعدم صلاحية البدن لاحتوائها[4].

وعلى ذلك تنوعت دلالات كلمة الموت ومعانيها، ونستعرض بعض معاني الموت كما وردت في القرآن الكريم، ثم نتبعها بتعريفات الفقهاء للموت.

للموت في القرآن الكريم عدة معاني منها[5]:

- زوال القوة النامية الحية الموجودة في الإنسان والحيوان والنبات، ومنه قوله تعالى: ﴿ لِّنُحْـِۧيَ بِهِۦ بَلْدَةً مَّيْتًا ﴾ [الفرقان، من الآية ٤٩]، وقوله سبحانه: ﴿ كَيْفَ يُحْيِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَآ ﴾ [الروم، من الآية ٥٠].

- السكون، وكل ما سكن فقد مات، قال تعالى: ﴿ إِن كَانَتْ إِلَّا صَيْحَةً وَٰحِدَةً فَإِذَا هُمْ خَـٰمِدُونَ ﴿٢٩﴾ ﴾، (يس آية ٢٩)، والخمود هو سكون الجسد

---

(١) التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، صـ٩٤، دار الريان للتراث بالقاهرة، ١٤٠٣هـ

(٢) مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، صـ٦٩ و٢٦٦، دار الكتب العلمية ببيروت- لبنان سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م والتعريفات للجرجاني، صـ٣٠٤.

(٣) التفسير الكبير، المعروف بمفاتيح الغيب، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين، ، جـ٢، صـ٨٩؛ دار الغد ١٩٩٢م، شرح الخرشي على مختصر خليل، جـ٢، صـ١١٣؛ حاشية ابن عابدين، جـ٢، صـ١٨٩.

(٤) أصول البزدوي مع كشف الأسرار، لفخر الإسلام أبو الحسن بن محمد بن حسين البزدوي، جـ٣، صـ٣١٣؛ طبعة دار الكتاب العربي بيروت ١٣٩٣هـ، في ظلال القرآن، سيد قطب، جـ١، صـ١١٤٩؛ دار الشروق بيروت ١٩٨٧م.

(٥) راجع هذه المعاني : الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د. بلحاج العربي بن أحمد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٤٢، السنة ١١، صـ١٢ وما بعدها، ونقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، د/ أحمد محمد الشريف، صـ١٨٥.

وخلوه من الحركة والتنفس، أو أي علامة للحياة الجسدية، فقد أخمدت أنفاسهم حتى صاروا كالنار الخامدة[1].

- زوال القوة الحسية، ومنه قوله سبحانه: ﴿ وَيَقُولُ ٱلْإِنسَٰنُ أَءِذَا مَا مِتُّ لَسَوْفَ أُخْرَجُ حَيًّا ﴾ (مريم، من الآية ٦٦)، وقوله عز وجل: ﴿ يَٰلَيْتَنِى مِتُّ قَبْلَ هَٰذَا ﴾ (مريم، من الآية ٢٣).

- زوال القوة العاقلة، ومنه قوله جل وعلا: ﴿ إِنَّكَ لَا تُسْمِعُ ٱلْمَوْتَىٰ ﴾ (النمل، من الآية ٨٠).

- والموت هو النوم نومة أبدية، وفي هذا المعنى قوله تعالى:﴿ ٱللَّهُ يَتَوَفَّى ٱلْأَنفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَٱلَّتِى لَمْ تَمُتْ فِى مَنَامِهَا ۖ فَيُمْسِكُ ٱلَّتِى قَضَىٰ عَلَيْهَا ٱلْمَوْتَ وَيُرْسِلُ ٱلْأُخْرَىٰٓ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٤٢﴾ ﴾ (الزمر، من الآية ٤٢).

- وجاء الموت في القرآن الكريم أيضاً بمعنى الكفر أو الموت الفكري، ومنه قوله تعالى: أَوَمَن ﴿ كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ وَجَعَلْنَا لَهُۥ نُورًا يَمْشِى بِهِۦ فِى ٱلنَّاسِ كَمَن مَّثَلُهُۥ فِى ٱلظُّلُمَٰتِ لَيْسَ بِخَارِجٍ مِّنْهَا ۚ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلْكَٰفِرِينَ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿١٢٢﴾ ﴾ (الأنعام، الآية ١٢٢).

- أنه هو اليقين الذي لا مفر منه ولا هروب، لقوله تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ ذَآئِقَةُ ٱلْمَوْتِ ۖ ثُمَّ إِلَيْنَا تُرْجَعُونَ ﴿٥٧﴾ ﴾ (العنكبوت، الآية ٥٧)، وقوله سبحانه: ﴿ وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ ﴿١٤٣﴾ ﴾ (آل عمران، الآية ١٤٣).

- أنه كل مصيبة كبرى، أو أمر جلل ينغص نعم الحياة الدنيا، لقوله جل وعلا: ﴿ فَأَصَٰبَتْكُم مُّصِيبَةُ ٱلْمَوْتِ ۚ ﴾ (المائدة، من الآية ١٠٦).

---

(١) صفوة التفاسير، د/ محمد علي الصابوني، جـ٣، صـ١١، مكتبة دار الصابوني ، المنصورة.

مفهوم الموت عند الفقهاء:

تناول الفقهاء مفهوم الموت في أبواب عديدة من كتب الفقه منها الجنائز ، والميراث، والجنايات، والجهاد وغيرها، وفيما يلي نلقي الضوء على هذه التعريفات:

عند الحنفية: الموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة[1]، كما ورد في كتبهم ما يوضح صراحة أن الموت هو خروج الروح حيث جاء في الاختيار: "واختار المتأخرون الاستلقاء أي وضع المحتضر علي ظهره ، لأنه أيسر لخروج الروح[2]".

وعند المالكية: ورد في كتب المالكية ما يفيد بأن الموت هو خروج الروح من الجسد، حيث جاء في بلغة السالك عند الحديث عن القتل المراد به الموت : "والقتل أي إزهاق الروح[3]".

وعند الشافعية: قال الإمام الغزالي[4] في الإحياء: « إن الموت معناه تغير حال فقط وإن الروح باقية بعد مفارقة الجسد، إما معذبة وإما منعّمة... والموت عبارة عن استعصاء الأعضاء كلها، وكل الأعضاء آلات والروح هي المستعملة لها ... ومعنى الموت انقطاع تصرفه عن البدن وخروج البدن عن أن يكون آلة له»[5].

وعند الحنابلة: ورد في الروض المربع ما يفيد بأن الموت هو قبض الروح: ".. أي نزل به الملك لقبض روحه[6]".

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، مع حاشية ابن عابدين، لمحمد بن علي بن عبدالرحمن الدمشقي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ، جـ٣، صـ٧٣، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٩٨م.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، للشيخ عبدالله محمود بن مودود الموصلي، المتوفى سنة ٦٨٣هـ، جـ١، صـ١٣٩، دار نهر النيل للطباعة، ١٤٢٠هـ

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك، للشيخ أحمد بن محمد الصاوي، جـ٣، صـ٣٧١، دار إحياء الكتب العربية، ١٩٧٨م.

(٤) هو حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الطوسى الشافعى الغزالى (٤٥٠ — ٥٠٥هـ) له مؤلفات كثيرة من أشهرها "المستصفى" فى علم الأصول " المنخول" ، " الوجيز " وفى الحديث "الأربعين النووية" وفى العلوم كلها " إحياء علوم الدين " . ينظر : طبقات الشافعية للسبكى جـ٤/٣٠١ ، الأعلام جـ٧/٢٤٧

(٥) إحياء علوم الدين، لمحمد بن محمد الغزالي، جـ٤ ، صـ٤٩٣-٤٩٥.

(٦) الروض المربع ، للبهوتي، صـ١١٩.

وجاء في كتاب الروح لابن القيم: « والصواب أن يقال موت النفوس هو مفارقتها لأجسادها وخروجها منها فإن أريد بموتها هذا القدر فهي ذائقة الموت وإن أريد أنها تعدم وتضمحل وتصير عدماً محضاً فهي لا تموت بهذا الاعتبار بل هي باقية بعد خلقها في نعيم أو في عذاب»[1].

كما قال: إن الموت ليس بعدم محض وإنما هو انتقال من حال إلى حال ويدل على ذلك أن الشهداء بعد قتلهم وموتهم أحياء عند ربهم يرزقون فرحين مستبشرين وهذه صفة الأحياء في الدنيا[2].

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح لنا أن الموت هو: خروج الروح من الجسد، أو مفارقة الحياة للإنسان مفارقة تامة، بحيث تتوقف كل الأعضاء بعدها توقفاً تاماً عن أداء وظائفها، والذي يحدد ذلك هم الأطباء[3]، والكل يموت لا فرق بين نفس ونفس في تذوق جرعة مفارقة الحياة عن طريق مفارقة الروح للجسد[4].

وهذا ما أقره الفقهاء المحدثين[5] حيث ذكروا «إن حقيقة الوفاة هي مفارقة الروح البدن، وأن حقيقة المفارقة خلوص الأعضاء كلها عن الروح بحيث لا يبقى جهاز من أجهزة البدن فيه صفة حياتية»[6].

---

(١) الروح في الكلام على أرواح الأموات والأحياء ، لأبن القيم ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م تحقيق محمد على عجال ، جـ١ ،صـ٣٤ ..

(٢) الروح ، لابن القيم مرجع سابق جـ١ صـ٣٦ .

(٣) دار الإفتاء المصرية، جلسة رقم ٨، للدورة ٣٣، بتاريخ ٢٣ أبريل ١٩٩٧م

(٤) لم يذكر الفقهاء في تعريف الموت تعريفا دقيقا، وإنما عرفوا الموت بأنه ضد الحياة، والحياة ضد الموت، والحد الفارق بينهما وجود الروح أو عدمه، وقد رفض بعض العلماء التعرض لأمور الروح لأن الروح من علم الله تعالى. ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٩، صـ٣، وفي ظلال القرآن، سيد قطب، جـ١، صـ١١٤٩.

(٥) ومنهم فضيلة الشيخ/ بكر أبو زيد، رئيس مجمع الفقه الإسلامي في بحثه القيم: أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء.

(٦) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثالثة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م مجلد ٣، جـ٢، صـ ٥٢٩-٥٤١.

المطلب الثاني

علامات الموت عند الفقهاء

لابد للموت من علامات وأمارات يُستَدَلُ عليه بها، فإن الموت إنما يُعلم بأسبابه، وإذا نزلت أسباب الموت من المرض الشديد ونحوه تعذر فعل المأمور به، وقبل حصول أسبابه فإنه لا يغلب على ظن أحد أنه يموت في هذا العام، ولو بلغ تسعين سنة[(١)]، وإذا كان من المتعذر الوصول إلى تعريف دقيق للموت، فإنه من الممكن الوقوف على حقيقته من خلال علامات وأمارات يستدل بها على حصوله، ونستطيع استخلاص علامات الموت من خلال أقوال الفقهاء في أمارات الحياة، "حياة الجنين، واستهلاله"، ووصول الشخص إلى ما يسمى بعيش المذبوح[(٢)]، ولذا فإنه ينبغي تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: أمارات الحياة عند الفقهاء (حياة الجنين).

الفرع الثاني: عدم الاعتداد بحركة المذبوح.

الفرع الثالث: علامات الموت لدى الفقهاء.

---

(١) شرح العمدة في الفقه، لأحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني، أبوالعباس، مكتبة العبيكان، الرياض الطبعة الأولي، سنة ١٤١٣هـ تحقيق د/ سعود صالح العطيشان، جـ٢ صـ٢٠٥.

(٢) وهذا ما عبر عنه الإمام الزركشي –رحمه الله– حيث ذكر أن وصول الشخص إلى حياة عيش المذبوح بأن لم يبق معه نطق ولا إبصار ولا حركة اختيار تجعله في حكم الميت ، ينظر: المنثور في القواعد الفقهية، لبدر الدين الزركشي، جـ٢ صـ١٠٥، ١٠٦ .

الفرع الأول

أمارات الحياة عند الفقهاء (حياة الجنين)

إذا كان الموت هو نقيض الحياة فلكي نتعرف على علامات الموت يجدر بنا الوقوف على أمارات الحياة عند الفقهاء، وبالنظر في أقوال الفقهاء نجد أنهم لم يحكموا للجنين بعد ولادته بالحياة إلا إذا استهلّ صارخا وعلمت فيه آثار الحياة، واستدلوا على ذلك بحديث أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: ﴿إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وُرِّثَ﴾[1] وقوله ﷺ ﴿ لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ حَتَّى يَسْتَهِلَّ صَارِخًا قَالَ: وَاسْتِهْلَالُهُ أَنْ يَبْكِيَ وَيَصِيحَ أَوْ يَعْطِسَ﴾.[2] وفيما يلي نذكر أقوال الفقهاء في حياة المولود:

فروع الفقه الحنفي :

قال السرخسي[3] في معرض الحديث عن ميراث الجنين: "فإنما يَرِثُ إذا انفصل حَيًا وطريق معرفة ذلك أن يَسْتَهِلَّ صارخا أو يسمع منه عطاس أو يَتَحَرَّكَ بعض أعضائه بعد الانفصال"[4].

وقال الكاساني: "فأما إذا اسْتَهَلَّ بأن حصل منه ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو ، أو طرف ، أو غير ذلك فإنه يُغَسَّلُ بالإجماع لما روينا ؛ ولأن الاستهلال دلالة الحياة فكان موته بعد ولادته حيا فَيُغَسَّلُ".[5]

---

(١) سنن أبي داود ، كتاب الفرائض ، باب المولود يستهل ثم يموت ، حديث رقم ٢٥٣١، جـ٢، صـ٧١٣، وينظر سنن الدارمي، كتاب الفرائض ، باب ميراث الصبي ، حديث رقم ٣٠٠١، واللفظ عنده ﴿ إذا استهل المولود صلى عليه وورث﴾، جـ٣، صـ٦٥.

(٢) سنن ابن ماجه ، كتاب الفرائض ، باب إذا استهل المولود ورث ، حديث رقم ٢٧٤١، جـ٢، صـ٣١٦.

(٣) هو: محمد ابن أبى سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي كان إماما علامة حجة متكلما منظرا أصوليا مجتهدا، عده ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل ، لازم شمس الأئمة عبدالعزيز الحلواني وأخذ عنه حتى تخرج به وصار أوحد زمانه ، وتفقه على برهان الأئمة عبدالعزيز بن عمر بن مازه، ومحمود بن عبدالعزيز الأوزجندي وغيرهم ، قيل في وفاته : أنها في حدود سنة تسعين وأربعمائة، وقيل في حدود سنة خمسمائة .

ينظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي الهندي الحنفي صـ١٥٨ ط دار المعرفة لطباعة والنشر — بيروت — لبنان.

(٤) المبسوط ، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، ط دار المعرفة جـ٣٠ صـ٥٠.

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لأبوبكر مسعود بن أحمد الكاساني ، ط دار الكتب العلمية جـ١ صـ٣٠٢.

وقال البابرتي[1] "ولأن الاِسْتِهْلَال دلالة الحياة فتحقق في حقه سُنَّةُ الموتى – بعدم الاستهلال– .... وَاسْتِهْلَالُ الصبي: أن يرفع صوته بالبكاء عند الولادة . وذكر في الإيضاح:هو أن يكون منه ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو أو طرف عين وكلامه واضح"[2].

وقال العبادي[3] "واستهلال الصبي أن يرفع صوته بالبكاء عند ولادته أو يوجد منه ما يدل على الحياة من تحريك عضو أو صراخ أو عطاس أو تثاؤب أو غير ذلك مما يدل على حياة مستقرة ولا عبرة بالانتفاض وبسط اليد وقبضها لأن هذه الأشياء حركة المذبوح ولا عبرة بها ... وتشترط الحياة عند تمام الانفصال حتى لو خرج رأسه ثم صاح وخرج باقيه ميتا لا يحكم بحياته"[4].

وقال ابن نجيم : "وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ انْفِصَالِهِ حَيًّا أَنْ يَسْتَهِلَّ أَوْ يُسْمَعَ مِنْهُ عُطَاسٌ أَوْ تَنَفُّسٌ أَوْ يُتْرَكُ بَعْضُ أَعْضَائِهِ أَوْ مَا شَاكَلَ ذَلِكَ".[5]

---

(١) هو: محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين البابرتي الفقيه الحنفي ، كان بارعا في الحديث وعلومه ذا عناية بعلوم العربية من أهم مصنفاته شرح الهداية المسمى بالعناية ، ولد سنة بضع عشرة وسبع مائة ومات سنة ست وثمانين وسبع مائة، راجع : كتاب الفوائد البهية في تراجم الحنفية صـ١٩٥ ، ١٩٦ .تعليق وتحقيق محمد بدر الدين أبو فراس النعماني ط أولى ١٣٢٤هـ . مطبعة السعادة بمصر.

(٢) العناية شرح الهداية ، لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي ، ط دار الفكر جـ٢ صـ١٣٠ ، ١٣١، ونفس المعنى: رد المحتار على الدر المختار ، لمحمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، الحنفي، طبعة الكتب العلمية ، جـ٢ صـ٢٢٧،حيث جاء فيه: "ومن ولد فمات يغسل ويصلى عليه ويرث ويورث ويسمى إن استهل بالبناء للفاعل : أي وجد منه ما يدل على حياته بعد خروج أكثره ...... واستهل الصبي : إذا رفع صوته بالبكاء عند ولادته"، وفتح القدير ، لكمال الدين بن عبدالواحد(ابن الهمام) ، ط دار الفكر جـ٢ صـ١٣٠ ، ١٣١، حيث جاء فيه: "ولأن الاستهلال دلالة الحياة فتحقق في حقه سنة الموتى – بعدم الاستهلال– والاستهلال : أن يكون منه ما يدل على الحياة من حركة كل عضو أو رفع صوت , والمعتبر في ذلك خروج أكثره حيا.

(٣) هو: أبوبكر محمد بن علي بن موسى الحدادي العبادي، اليمني، الحنفي،المتوفى سنة ٨٠٠هـ ، ينظر سير أعلام النبلاء، جـ١٧ صـ٥٧٥.

(٤) الجوهرة النيرة ، لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي، الحنفي، طبعة المطبعة الخيرية ، جـ١ صـ١١٠.

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، لزين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم)، الحنفي، طبعة الكتاب الإسلامي ، جـ٨ صـ٥٧٤.

فروع الفقه المالكي:

قال الأمام مالك[1] : "لا يُصَلَّى على الصبي ولا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ ، ولا يسمى ولا يُغَسَّلُ ولا يُحَنَّطُ حتى يستهل صارخا وهو بمنزلة من خرج ميتا ".[2]

وقال الباجي [3] عن الجنين "أنه ليس له حكم الحي حتى يستهل صارخا بعد الولادة ألا ترى أنه لا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ ولا يحكم له بحكم الوصية والأضحية من أحكام الحي". [4]

وقال الدسوقي[5] في حاشيته :" اُخْتُلِفَ في الحركة والرضاع والعطاس فقال مالك لا يكون له بذلك حكم الحياة وعارضه المازري بأنا نعلم يقينا أنه محال بالعادة أن يرضع الميت وأجاب المواق بما حاصله أن المراد أنه محكوم له بحكم الميت لا أنه ميت حين رضاعه حقيقة "[6]

---

(١) هو: أبو عبد الله مالك بن انس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي المدني ، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأعلام ، ولد سنة خمس وتسعين للهجرة ، ونشأ يتيمًا، وجد في طلب العلم والتحصيل، حتى صار إمام وقته، من شيوخه: ابن شهاب الزهري، ونافع مولى ابن عمر. من تلاميذه: الإمام الشافعي، وابن القاسم. من مصنفاته: الموطأ، ورسالة في الرد على القدرية، توفى سنة تسعين وسبعين ومائة، ينظر: سير أعلام النبلاء جـ٨، صـ٤٨، والديباج المذهب، جـ١٧، صـ٣٠، والأعلام جـ٥، صـ٢٥٧، ووفيات الأعيان، لابن خلكان، جـ٤، صـ١٣٥.

(٢) المدونة ، للإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ، دار الكتب العلمية جـ١ صـ٢٥٥.

(٣) هو: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي المالكي الأندلسي الباجي؛ كان من علماء الأندلس وحفاظها، ولد عام ٤٠٣هـ بالأندلس وتوفي عام ٤٧٤هـ سكن شرق الأندلس ورحل إلى المشرق سنة ست وعشرين وأربعمائة، وعمل على الموطأ كتاب الإيمان وكتاب المنتقى وكتاب الاستيفاء ولكنه لم يتمه ينظر : وفيات الأعيان، لابن خلكان، جـ٢ صـ٤٠٨ ، وسير أعلام النبلاء، للذهبي، جـ١ صـ٦٣ ، ومعجم الأدباء، للحموي، جـ١١ صـ٢٤٦، والديباج المذهب،لابن فرحون، صـ١٢٠.

(٤) المنتقى شرح الموطأ ، للباجي ، دار الكتاب الإسلامي، جـ٣ صـ١٠٠.

(٥) هو: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، من علماء العربية، من أهل دسوق (بمصر) تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة، وكان من المدرسين في الأزهر، من تصانيفه: حاشية على مغني اللبيب لابن هشام الأنصاري في النحو، حاشية على شرح محمد السنوسي على مقدمة أم البراهين في العقائد، حاشية على شرح الدردير لمختصر خليل في فروع الفقه المالكي، حاشية على شرح سعد الدين التفتازاني على التلخيص في البلاغة، وحاشية على شرح البردة لجلال الدين المحلي راجع : معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٨، صـ٢٩٢.

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لمحمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية جـ١ صـ٤٢٧، وقد فسر المسألة المواق بقوله: "اختلف في الحركة والرضاع والعطاس فقال مالك : لا يكون له بذلك حكم الحياة قال ابن حبيب : وإن أقام يوما يتنفس ويفتح عينيه ويتحرك حتى يسمع له صوت . وإن كان خفيا قال إسماعيل : وحركته كحركته في البطن لا يحكم له فيها بحياة . قال عبد الوهاب :

#

قال الخرشي[1] "وَلاَ سِقْطٌ لَمْ يَسْتَهِلَّ ولو تحرك أو عطس أو بال أو رضع"[2].

فروع الفقه الشافعي :

قال الشافعي[3]: "ومعرفة الحياة للولد أن يَسْتَهِلَّ صارخا أو يرضع أو يحرك يدا أو رجلا تحريك الحياة ، وأي شيء عرف به الحياة فهي حياة"[4]

وجاء في حاشيتي قليوبي[5] وعميرة[6]: "(وَالسِّقْطُ) بتثليث السين (إن استهل) أي صاح (أو بكى) ثم مات (ككبير) فيصلى عليه لتيقن حياته وموته بعدها ويغسل

وقد يتحرك المقتول (أو عطس) تقدم قول مالك (أو بال) ابن عرفة : بوله لغو (أو رضع) تقدم قول مالك وعارض هذا المازري وقال: لا معنى لإنكار دلالة الرضاع على الحياة لأنا نعلم علما يقينا أنه محال بالعادة أن يرضع الميت وليس الرضاع من الأفعال التي تكون مترددة بين الطبيعة والاختيارية كما قال ابن الماجشون: إن العطاس يكون من الريح والبول من استرخاء المواسك لأن الرضاع لا يكون إلا من القصد إليه , والتشكك في دلالته على الحياة يطرق إلى هدم قواعد ضرورية . والصواب ما قاله ابن وهب وغيره أنه كالاستهلال بالصراخ"، ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف العبدري (المواق) ط- دار الكتب العلمية جـ٣ صـ٧١.

(١) هو: الإمام محمد بن عبدالله الخراشي المالكي ، أبو عبدالله ، أول من تولى مشيخة الأزهر ، كان فقيهاً فاضلا من البحيرة بمصر، من أشهر تصانيفه الشرح الكبير على متن خليل ، ومنتهى الرغبة في حل ألفاظ النخبة ، وكانت وفاته بالقاهرة سنة ١١٠١هـ . راجع : الأعلام، للزركلي، جـ٦، صـ٢٤٠، ٢٤١.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل، ط- دار الفكر جـ٢ صـ١٤٢ ، وينظر نفس المعنى ، حاشية العدوي ، لعلي الصعيدي العدوي ، ط- دار الفكر ، جـ١ صـ٤٢٤ , وينظر كذلك ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جـ١ صـ٤٢٤ ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ، لأبوالعباس أحمد الصاوي ، ط- دار المعارف جـ١ صـ ٥٧٤ ، و منح الجليل شرح مختصر خليل ، لمحمد بن أحمد بن محمد "عليش" ط- دار الفكر جـ١ صـ ٥٢٥ .

(٣) هو : أبو عبدالله محمد بن إدريس بن العباس بن شافع القرشي المطلبي، الإمام الجليل، صاحب المذهب المعروف، من أشهر مصنفاته: الأم، والرسالة، وأحكام القرآن، وجماع العلم، واختلاف الحديث توفي سنة (٢٠٤هـ) .
ينظر : سير أعلام النبلاء، للذهبي، جـ١٠، صـ٥-٩٩، تحقيق / شعيب الأرنؤوط ، ط/ مؤسسة الرسالة، ط/ الحادية عشرة (١٤١٧هـ-١٩٩٦م)، والأنساب، للإمام السمعاني، جـ٣، صـ٣٧٨-٣٨١، تقديم وتعليق /عبدالله عمر البارودي، ط/ دار الجنان، ط/ الأولى (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م).

(٤) الأم ، لمحمد بن إدريس الشافعي ، ط دار المعرفة ، جـ٦ صـ٢٣٧.

(٥) هو: الشيخ أحمد بن محمد بن سلامة ، أبو العباس شهاب الدين القليوبي ، الفقيه الشافعي ، كانت وفاته سنة ١٠٦٩هـ ، ١٦٥٩م، ومن أهم مصنفاته فضائل مكة والمدينة، راجع : الأعلام ، للزركلي جـ١، صـ٩٢.

(٦) هو: الشيخ أحمد البرلسي المصري الشافعي، شهاب الدين الملقب بعميرة: فقيه، كان من أهل الزهد والورع قال النجم الغزي: انتهت إليه الرياسة في تحقيق المذهب (الشافعي) يدرس ويفتي حتى أصابه

#

ويكفن، (وإلا) أي وإن لم يستهل أو لم يبك . (فإن ظهرت أمارة الحياة كاختلاج) أو تحرك (صلى عليه في الأظهر) وقيل قطعا لظهور حياته"[1].

وقال الهيتمي[2]: "إذا استهل الصبي ورث وصلي عليه (وإلا) تعلم حياته (فإن ظهرت أمارة الحياة كاختلاج) اختياري (صلي عليه) وجوبا (في الأظهر) لاحتمال الحياة بظهور هذه القرينة عليها ويغسل ويكفن ويدفن قطعا"[3].

فروع الفقه الحنبلي :

قال المرداوي[4]: (وإذا استهل المولود صارخا: ورث، وورث) ... (وفي معناه العطاس والتنفس). [5]

القالج ومات به عام ٩٥٧هـ، ١٥٥٠م، له (حاشية على شرح منهاج الطالبين للمحلي، ينظر: الأعلام ، للزركلي، جـ١ ، صـ١٠٣، ومعجم المؤلفين ، لعمر كحالة، جـ٨، صـ١٣.

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة ، جـ١ صـ٣٩٥، ونفس المعنى: حاشية البجيرمي على الخطيب ، لسليمان بن محمد البجيرمي ، الشافعي ، الناشر دار الفكر: جـ٢ صـ ٢٨١، " حيث جاء فيها: "(والسِّقْطُ) بتثليث السين (الذِي لَمْ يَسْتَهِلَّ صَارِخًا) أي بأن لم تعلم حياته ولم يظهر خلقه, فلا تجوز الصلاة عليه ولا يجبُ غسله، ويسن ستره بخرقة ودفنه دون غيرهما, أما إذا علمت حياته بصياح أو غيره أو ظهرت أمارتها كاختلاج أو تحرك فككبير فيغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن لتيقن حياته وموته بعدها في الأولى وظهور أمارتها في الثانية".

(٢) هو: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس: فقيه باحث مصري، مولده في محلة أبي الهيتم سنة ٩٠٩هـ ١٥٠٤م، (من إقليم الغربية بمصر) وإليها نسبته، له تصانيف كثيرة، منها: مبلغ الإرب في فضائل العرب، والصواعق المحرقة على أهل البدع والضلال والزندقة، وتحفة المحتاج لشرح المنهاج في فقه الشافعية، والخيرات الحسان في مناقب أبي حنيفة النعمان، والفتاوى الهيتمية أربع مجلدات، وشرح مشكاة المصابيح للتبريزي، والايعاب في شرح العباب، والإمداد في شرح الإرشاد للمقري، وشرح الأربعين النووية، توفى بمكة سنة ٩٧٤هـ ١٥٦٧م، ينظر: الأعلام ، للزركلي، جـ١ ، صـ٢٣٤، ومعجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٢، صـ١٥٢.

(٣) تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، الشافعي ، الناشر دار إحياء التراث العربي: جـ٣ صـ ١٦٢، . وراجع نفس المعنى: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لمحمد بن شهاب الدين الرملي الشافعي، الناشر دار الفكر: جـ٢ صـ٤٩٦ ، ومغني المحتاج ، للخطيب الشربيني، جـ٢ صـ٣٣.

(٤) هو: على بن سليمان بن أحمد بن محمد، السعدى، الصالحى، الحنبلى، ويعرف بالمرداوى، فقيه، محدث، أصولى، ولد بمردا بفلسطين قرب نابلس سنة ٨١٧ هـ، توجه إلى القاهرة، وقدم دمشق، من تصانيفه: الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف، وتحرير المنقول فى تمهيد علم الأصول، توفى ٨٨٥هـ، راجع : شذرات الذهب، لابن العماد، جـ٧، صـ٣٤٠-٣٤٢، ومعجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٢، صـ٤٤٧ , والأعلام، للزركلي، جـ٤، صـ٢٩٢.

(٥) الإنصاف، لعلي بن سليمان بن أحمد المراداوي، جـ٧ صـ٣٣٠.

ونقل المرداوي عن الزركشي قوله : "تعْلَمُ حياته باستهلاله بلا ريب . وهل تُعْلَمُ بارْتِضَاعِهِ ، أو تنفسه ، أو عطاسه ونحوه ، مما يدل على الحياة"[1].

وقال البهوتي : "وَالِاسْتِهْلَالُ رفع الصوت بالبكاء ، فصارخا حال مؤكدة (أو عطس) بفتح الطاء في الماضي وضمها وكسرها في المضارع (أو تنفس أو ارتضع أو وجد منه ما يدل على حياة كحركة طويلة ونحوها) كسعال لدلالة هذه الأشياء على الحياة المستقرة فيثبت له حكم الحي كالمستهل ، بخلاف حركة يسيرة كاختلاج . قال الموفق : ولو علم معها حياة ؛ لأنه لا يعلم استقرارها لاحتمال كونها كحركة المذبوح"[2]

قال ابن قدامة: "إن الاستهلال لا يكون إلا من حي ، والحركة تكون من غير حي ، فإن اللحم يختلج سيما إذا خرج من مكان ضيق ، فَتَضَامَّتْ أَجْزَاؤُهُ ، ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك من غير حياة فيه ، ثم إن كانت فيه حياة ، فلا نعلم كونها مستقرة . لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح ، فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة ، وهي في حكم الميت"[3].

---

(١) الإنصاف، لعلي بن سليمان بن أحمد المراداوي، جـ١٠ صـ٧٣.

(٢) شرح منتهى الإرادات ، لمنصور بن يونس البهوتي ، ط عالم الكتاب ، جـ٢ صـ٥٤٠ ، ٥٤١، كما قال أيضا: "أو بكى أو ارتضع أو تحرك حركة طويلة أو تنفس , وطال زمن التنفس ونحو ذلك مما يدل على حياته) كسعال ؛ لأن هذه الأشياء دالة على الحياة المستقرة فثبت له أحكام الحي كالمستهل (لا بحركة يسيرة أو اختلاج أو تنفس يسير) لأنها لا تدل على حياة مستقرة ولو علمت الحياة إذن لأنه لا يعلم استقرارها لاحتمال كونها كحركة المذبوح فإن الحيوان يتحرك بعد ذبحه شديدا وهو كميت" ينظر: كشاف القناع على متن الإقناع ، لمنصور بن يونس البهوتي، ط دار الكتب العلمية ، جـ٤ صـ٤٦٣ .

(٣) المغني ، لموفق الدين عبدالله بن أحمد (ابن قدامة) ط دار إحياء التراث العربي ، جـ٦ صـ٢٦٠، وقد فسر الإمام ابن قدامه المسألة بقوله: " نقل عن أحمد , أنه قال : يرث السقط ويورث , إذا استهل . فقيل له : ما استهلاله ؟ قال : إذا صاح أو عطس أو بكى . فعلى هذا كل صوت يوجد منه , تعلم به حياته , فهو استهلال . وهذا قول الزهري , والقاسم بن محمد ؛ لأنه صوت علمت به حياته , فأشبه الصراخ . وعن أحمد رواية ثالثة , إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره , ورث , وثبت له أحكام المستهل , لأنه حي فتثبت له أحكام الحياة , كالمستهل . وبهذا قال الثوري , والأوزاعي , والشافعي , وأبو حنيفة , وأصحابه , وداود وإن خرج بعضه حيا فاستهل , ثم انفصل باقيه ميتا , لم يرث . وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة , وأصحابه : إذا خرج أكثره فاستهل ثم مات , ورث ؛ لقوله عليه السلام {: إذا استهل المولود ورث } . ولنا , أنه لم يخرج جميعه , فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره" الموضع السابق.

وقال ابن تيمية[1]: "الحياة المستقرة ما يزيد على حركة المذبوح ، ومنهم من يقول : ما يمكن أن يزيد على حياة المذبوح"[2]

وجاء في الموسوعة الفقهية [3]: «وتعرف حياته، أي المولود» بالاستهلال صارخا، واختلف الفقهاء فيما سوى الاستهلال. فقالت طائفة: «لا يرث حتى يستهل صارخا، وهو المشهور عن الإمام أحمد [4]، وروي عن كثير من الصحابة والتابعين مستدلين بأن مفهوم قول النبي ﷺ (إذا استهل المولود ورث) أنه لا يرث بغير استهلال ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حي، والحركة تكون من غير حي[5].

(١) هو: الشيخ الإمام العلامة المفتي المفسر الخطيب البارع عالم حران فخر الدين أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم الخضر بن محمد بن الخضر بن علي بن عبد الله ابن تيمية الحراني الحنبلي ولد في شعبان سنة اثنتين وأربعين وخمسمائه بحران ، صاحب الديوان الخطب والتفسير الكبير توفي في صفر سنة اثنتين وعشرين وست مئة وله ثمانون سنة، سير أعلام النبلاء، للذهبي، جـ٢٢، صـ ٢٨٨ : ٢٩٠.

(٢) الفتاوى الكبرى ، لتقي الدين بن تيمية، ط دار الكتب العلمية، جـ٥ صـ٦٩.

(٣) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م، جـ٣، صـ٦٦.

(٤) وهو أيضا قول الإمام مالك، ينظر: المدونة ، جـ١ صـ٢٥٥.

(٥) المقصود بالحركة هنا الحركات الاضطرارية مثل حركة المذبوح أو غيرها من الحركات الانعكاسية والتي قد تحدث حتى في حالات موت الدماغ وتعرف بالأفعال الانعكاسية الشوكية.

الفرع الثاني

عدم الاعتداد بحركة المذبوح

بالنظر في أقوال الفقهاء السابقة نجد أنهم قد اتفقوا على عدم الحكم بالحياة للجنين ما لم يستهل صارخاً، حتى ولو تحرك، أو عطس، أو بال، كما أنهم أجمعوا[1] على عدم الاعتداد بحركة المذبوح، بل لو أن حيوانا مفترساً أو شخصاً قام بالاعتداء على آخر، وأفقده النطق والإبصار والإحساس والإدراك، ولم يبق منه إلا ما يسمى حركة المذبوح، ثم جاء آخر فأجهز عليه فإن القاتل هو الأول، وإنما يعزر الثاني لانتهاكه حرمة الميت، فمهما كان قلبه ينبض، وهو يتنفس ويتحرك إلا أن هذه الحركات اضطرارية، فلا يحكم له فيها بحياة.

بل وصل بعض الفقهاء إلى ما هو أعجب وأغرب من ذلك، فقد نقل ابن الماجشون[2] عن ابن القاسم[3]: "كان عمر رضي الله عنه لما طعن معدودا في الأموات لو

(١) الجوهرة النيرة ، لأبوبكر محمد بن علي الحدادي العبادي، الحنفي، طبعة المطبعة الخيرية ، جـ١ صـ١١٠، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لمحمد بن شهاب الدين الرملي الشافعي ، الناشر دار الفكر: جـ٧ صـ ٢٦٣، جـ٨ صـ١١٦ , وتحفة المحتاج في شرح المنهاج ، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي دار أحياء التراث ، جـ٩ ، صـ٣٢٠ , والمغني لأبن قدامة المقديسي ، دار إحياء التراث العربي ، جـ٩ ، صـ٣٢٣ , وشرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، لجعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلي) إمامي , مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان , جـ٣ ، صـ١٦٤ , والمجموع شرح المهذب ، ليحي بن شرف النووي ، مطبعة المنيرة جـ٩ ، صـ٩٩ ، والإنصاف ، لعلي بن سليمان بن أحمد المرداوي الحنبلي ، دار إحياء التراث العربي ، جـ١٠ ، صـ٣٩٨ , وأسنى المطالب شرح روض الطالب ، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، دار الكتاب الإسلامي جـ٤ ، صـ١٠ .

(٢) هو: العلامة الفقيه مفتي المدينة أبو مروان عبد الملك بن الإمام عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الماجشون التيمي المدني المالكي ، تلميذ الإمام مالك ، كان مفتي أهل المدينة في زمانه ، توفي سنة ثلاث عشرة ومائتين ، وقيل : سنة أربع عشرة، ينظر سير أعلام النبلاء، للذهبي، جـ١٠ ، صـ٣٥٩ ، ٣٦٠.

(٣) هو: الإمام عبد الرحمن بن القاسم عالم الديار المصرية ومفتيها أبو عبد لله العتقي صاحب الإمام مالك وروى عنه، وعن عبد الرحمن بن شريح ، ونافع بن أبي نعيم المقرىء ، وبكر بن مضر ، وطائفة قليلة ، ولد ابن القاسم سنة اثنتين وثلاثين ، وكان ذا مال ودنيا فأنفقها في العلم ، وقيل كان يمتنع من جوائز السلطان ، توفي سنة إحدى وتسعين –رحمه الله– وعاش تسعا وخمسين سنة، ينظر : سير أعلام النبلاء، للذهبي، جـ٩، صـ١٢٥: ١٢١.

مات له موروث لما ورثه وهو قول ابن القاسم . ولو قتل رجل عمر رضي الله عنه حينئذ لما قتل به وإن كان عمر حينئذ يتكلم ويعهد"[1].

وقد استدلوا على موت عمر على أساس أن الطبيب سقى عمر لبناً فخرج اللبن من الجرح، ومعنى ذلك أن الطعنة كانت نافذة حتى وصلت إلى الأمعاء أو المعدة، ومثل تلك الحالة لا تعيش في ذلك الزمان، ورغم أن عمر كان يتكلم ويعهد وبقي ثلاثة أيام على ذلك إلا أن ابن القاسم اعتبره في عداد الأموات.[2]!! ولم يعتبر كلامه وإدراكه ومنطقه دليلاً على الحياة باعتبار ما سيؤول إليه، وهو الموت، والحق أن ما ذهب إليه ابن القاسم كان شططاً ولم يقبله جمهور الفقهاء، بل اعتبروا أن عمر كان لا يزال حيا عندما كان يعهد ويتكلم ويدرك الأمور، ولذا أمضوا وصيته[3].

ولكن على الرغم من ذلك فإن الفقهاء قد جعلوا وصول الشخص إلى مرحلة عيش المذبوح هو نهاية للحياة فقد عرف الإمام الزركشي الحياة المستقرة بقوله: «الحياة المستقرة أن تكون الروح في الجسد ومعها الحركة الاختيارية دون الاضطرارية وأما حياة عيش المذبوح وهي التي لا يبقى معها إبصار ولا نطق ولا حركة اختيارية ، فإذا انتهى الإنسان إلى ذلك فإن كان بجناية جان وقتله آخر فلا قصاص عليه، والقصاص على الأول، وإن انتهى إلى هذه الحالة بمرض وقتله قاتل فعليه القصاص"[4].

<u>وقال الهيتمي</u>: (وإن أنهاه رجل) أي أوصله جان (إلى حركة مذبوح بأن لم يبق) فيه إدراك و (إبصار ونطق وحركة اختيار) ...(ثم جنى آخر فالأول قاتل) لأنه الذي صيره لحالة الموت ومن ثم أعطي حكم الأموات مطلقا (ويعزر الثاني) لهتكه حرمة ميت[5].

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل ، للمواق، جـ٣ صـ٧١.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثالثة ١٩٨٧م مجلد ٣، جـ٢، صـ ٦٨٥-٦٩٤ ، والكلام لمفتي تونس الشيخ/ محمد المختار السلامي.

(٣) المنثور في القواعد الفقهية، للزركشي ، طبعة وزارة الأوقاف ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م ، جـ٢ صـ ١٠٥.

(٤) المنثور في القواعد الفقهية، للزركشي ، جـ٢ صـ ١٠٥ ، ١٠٦ .

(٥) تحفة المحتاج ، للهيتمي، جـ٨ صـ ٣٩٣ ، وقال ايضا: "أما حركة المذبوح فهي التي لا يبقى معها سمع، ولا إبصار , ولا حركة اختيار" المرجع السابق، جـ٩ صـ٣٢٠، وينظر نفس القول: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، جـ٧ صـ ٢٦٣.

وقد علق البعض[1] علي هذه العبارات بقوله: «وهذا الذي ذهب إليه الفقهاء في هذه المسألة يشير إلى أنهم اعتبروا فقدان الإحساس والحركة الاختيارية علامات تورث غلبة الظن بوصول المجني عليه إلى مرحلة الموت، وأن الحركة الاضطرارية الصادرة من المجني عليه لا تعطي غلبة الظن ببقاء الروح في الجسد إذا كانت وحدها، ولم تقترن بأي نوع من الإحساس أو الحركة الاختيارية، وإلا لجعلوا القصاص من نصيب الجاني الثاني، إذ يكون فعله القاتل وارداً على جسد فيه روح، ولعلهم في هذا تأثروا بما قرره علماء الطائفة الأولى أمثال ابن القيم والغزالي من أن الروح ترحل عن جسد صاحبها في اللحظة التي يصبح فيها الجسد عاجزًا عن الانفعال للروح بأي نوع من الإحساس والاختيار»[2].

وقال المرداوي: "فأما الحركة والاختلاج : فلا يدل على الحياة، مجرد الاختلاج لا يدل على الحياة . وأما الحركة : فإن كانت يسيرة فلا تدل بمجردها على الحياة . قال المصنف : ولو علم معهما حياة، لأنه لا يعلم استقرارها، لاحتمال كونها كحركة المذبوح، فإن الحيوان يتحرك بعد ذبحه حركة شديدة وهو كميت، وكذا التنفس اليسير، لا يدل على الحياة"[3].

وقال الرحيباني[4]: "إذا كان فيه حياة مستقرة، ويعلم ذلك ، بنفسه أو ارتضاعه، أو عطاسه ونحو ذلك ؛ لأن ذلك أدل على الحياة من الاستهلال "[5].

وقال العبادي: "واستهلال الصبي أن يرفع صوته بالبكاء عند ولادته أو يوجد منه ما يدل على الحياة من تحريك عضو أو صراخ أو عطاس أو تثاؤب أو غير ذلك مما يدل على حياة مستقرة ولا عبرة بالانتفاض وبسط اليد وقبضها لأن هذه الأشياء حركة

---

(١) د.محمد نعيم ياسين: في بحثه نهاية الحياة الإنسانية في ضوء اجتهادات علماء المسلمين، بحث مقدم إلى ندوة الحياة الإنسانية بالكويت عام ١٩٨٦م.

(٢) نهاية الحياة الإنسانية في ضوء اجتهادات علماء المسلمين، د.محمد نعيم ياسين، بحث مقدم إلى ندوة الحياة الإنسانية بالكويت والمنشور أيضا في مجلة مجمع الفقه الإسلامي مجلد ٣ جـ٢ صـ٦٣٥–٦٦٠.

(٣) الإنصاف، للمراداوي، جـ٧ صـ٣٣١، وقال أيضا : "كحياة مذبوح، فإنه لا حكم لها " جـ١٠ صـ٧٣.

(٤) هو: مصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني، الحنبلي، المشهور بالسيوطي، ولد بالرحيبة من أعمال دمشق، سنة ١١٦٠هـ ١٧٤٧م، ورحل إلى دمشق، وأخذ عن أفاضلها وتولى نظارة الجامع الأموي والإفتاء على مذهب أحمد بن حنبل سنة ١٢١٢ هـ، وتوفي بدمشق في ١٣ ربيع الثاني، سنة ١٧٤٧هـ-١٨٢٧م، من مؤلفاته: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وتحفة العباد فيما في اليوم والليلة من الأوراد، وتحريرات وفتاوى، ينظر: الأعلام، للزركلي، جـ٧، صـ٢٣٤، ومعجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ١٢، صـ٢٥٤.

(٥) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني ، الحنبلي ، المكتب الإسلامي، جـ٦ صـ١٠٦.

المذبوح ولا عبرة بها حتى لو ذبح رجل فمات أبوه وهو يتحرك لم يرثه المذبوح لأن له في هذه الحالة حكم الميت وتشترط الحياة عند تمام الانفصال حتى لو خرج رأسه ثم صاح وخرج باقيه ميتا لا يحكم بحياته".[1]

وقال زكريا الأنصاري: "حركة المذبوح، وهي حالة الشخص العادم سمعا وبصرا واختيارا بأن لا يبقى معها إبصار ، وإدراك ، ونطق وحركة اختياريان فلا يؤثر بقاء الضررين فقد يقد الشخص وتترك أحشاؤه في النصف الأعلى ويتحرك ويتكلم بكلمات لكنها لا تنتظم ، وإن انتظمت فليست صادرة عن روية واختيار وله في الحالة المذكورة حكم الميت فلا يصح إسلامه، ولا ردته، ولا غيرهما من سائر التصرفات ويصير فيها المال للورثة ولا يرث قريبه، ولا يرثه من أسلم، أو عتق"[2].

وقال عميرة : "وإن أنهاه رجل إلى حركة مذبوح بأن لم يبق إبصار ونطق وحركة اختيار ثم جنى آخر فالأول قاتل لأنه صيره إلى حالة الموت ويعزر الثاني لهتكه حرمة ميت".[3]

ومن خلال أقوال الفقهاء السابق ذكرها نجد أنهم قد جعلوا وصول الشخص إلي مرحلة عيش المذبوح والتي يفقد معها الإدراك والنطق والإحساس والإبصار ولم تعد له حياة مستقرة – وإن كان قلبه ينبض والدم يجول في عروقه وكثير من أعضائه لا يزال يعمل، بل لا يزال يتنفس بدون منفسة ولا آلة – في حكم الميت بحيث إذا اعتدى عليه شخص آخر فإنه يعزر فقط .

---

(١) الجوهرة النيرة ، للعبادي، جـ١ صـ١١٠.

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب ، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، طبعة دار الكتاب الإسلامي، جـ٤ صـ١٠.

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة ، جـ٤ صـ١٠٤.

الفرع الثالث

علامات الموت عند الفقهاء

لقد قرر الفقهاء أن الموت هو مفارقة الروح للجسد إلى ما أُعدّ لها من عذاب أو نعيم حسب عملها في هذه الدنيا، وأن الموت هو انتقال من دار إلى دار وليس عدماً محضاً فالروح باقية لكنها لم تعد تستطيع التصرف في هذا الجسد، ويدل على ذلك أن الشهداء بعد قتلهم وموتهم أحياء عند ربهم يرزقون فرحين مستبشرين وهذه صفة الأحياء في الدنيا[1]، والروح أمر غيبي لا نستطيع أن ندرك كنهه. قال تعالى: ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلرُّوحِ ۖ قُلِ ٱلرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّى وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴿٨٥﴾ ﴾ (الإسراء: ٨٥).

كما قرر الفقهاء أنه لا بد للحكم بالموت من أن تنعدم كل أمارات الحياة، ويذكرون ذلك في استهلال المولود ليرث، على نحو ما ذكر سابقاً، ويمكن لنا استخلاص علامات الموت، من أقوال الفقهاء، وببعض الأحاديث النبوية نذكرها فيما يلي :

١ ـ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ﵂ قَالَتْ: دَخَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَى أَبِي سَلَمَةَ وَقَدْ شَقَّ بَصَرُهُ فَأَغْمَضَهُ ثُمَّ قَالَ: "إِنَّ الرُّوحَ إِذَا قُبِضَ تَبِعَهُ الْبَصَرُ"[2].

٢ـ عَنْ شَدَّادِ بْنِ أَوْسٍ ﵁ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: "إِذَا حَضَرْتُمْ مَوْتَاكُمْ فَأَغْمِضُوا الْبَصَرَ فَإِنَّ الْبَصَرَ يَتْبَعُ الرُّوحَ وَقُولُوا خَيْرًا فَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ تُؤَمِّنُ عَلَى مَا قَالَ أَهْلُ الْبَيْتِ"[3].

---

(١) الروح ، لابن القيم، جـ١ صـ٣٦ .

(٢) صحيح مسلم ، كتاب الجنائز، باب في إغماض الميت والدعاء له إذا حضر، حديث رقم ١٥٢٨، جـ٣، صـ٢٥٠، وأخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب ما جاء في الجنائز ، باب ما ورد في تغميض الميت ، حديث رقم ١٤٤٤، جـ٤، صـ٢١٣، وأحمد في مسنده، كتاب باقي مسند الأنصار، باب حديث أم سلمة زوج النبي ﷺ حديث رقم ٢٥٣٣٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب ما جاء في الجنائز، باب ما ورد في تغميض الميت ، حديث رقم ١٤٤٥، جـ٤، صـ٢١٣، وأحمد في مسنده ، كتاب مسند الشاميين ، باب حديث شداد بن أوس ﵁ حديث رقم ١٦٥١٣، وصححه الألباني في المستدرك، وقال صحيح على شرط الشيخان ولم يخرجاه، المستدرك على الصحيحين، كتاب: الجنائز، باب: إذا حضرتم الميت فأغمضوا البصر، رقم ١٢٤٩، جـ٢، صـ٣٢٣.

وقد علق الهيتمي على ذلك بقوله : "يَحْتَمِلُ أن المراد من قوله تبعه البصر أن القوة الباصرة تذهب عقب خروج الروح فحينئذ تَجْمُدُ الْعَيْنُ وَيَقْبُحُ منظرها ويحتمل أنه يبقى فيه عقب خروجها شيء من حَارِّهَا الْغَرِيزِيِّ فَيَشْخَصُ به ناظرا أين يذهب بها ولا بُعْدَ في هذا لأن حركته حينئذ قريبة من حركة المذبوح" [1].

وأمارات الموت عند الفقهاء هي:

قال الشافعي: "وأحب إذا مات الميت أن لا يعجل أهله غسله لأنه قد يغشى عليه فيخيل إليهم أنه قد مات حتى يروا علامات الموت المعروفة فيه، وهو أن تسترخي قدماه ، ولا تنتصبان، وأن تنفرج زندا يديه، والعلامات التي يعرفون بها الموت، فإذا رأوها عجلوا غسله، ودفنه فإن تعجيله تأدية الحق إليه" [2].

قال الإمام النووي « أمارات الموت بأن يسترخي قدماه ولا ينتصبا أو يميل أنفه أو ينخسف صدغاه أو تمتد جلدة وجهه أو ينخلع كفاه من ذراعيه أو تتقلص خصيتاه إلى فوق مع تدلي الجلدة، فإن شك بأن لا يكون به علة واحتمل أن يكون به سكتة أو أظهرت أمارات فزع أو غيره أخِّر إلى اليقين بتغيير الرائحة أو غيره» [3].

فهذه العلامات في نظرهم هي : انقطاع النفس واسترخاء القدمين وعدم انتصابهما وانفصال الكفين، وميل الأنف، وامتداد جلدة الوجه، وانخساف الصدغين، وتقلص خصيتيه إلى فوق مع تدلي الجلدة، وبرودة البدن، فإن حدث شك أو مات الشخص فجأة فعلى المشخص الانتظار حتى تتبين هذه العلامات [4].

وبالتالي فإنه في حالات الموت بالسكتة والصعقة والخوف والسقوط ونحوها مما قد ينتج عنه الموت المفاجيء يطلب الفقهاء، أن ينتظر بالميت احتياطاً حتى تظهر به

---

(١) تحفة المحتاج ، للهيتمي ، جـ٣ صـ٩٥.

(٢) الأم، للشافعي جـ١ صـ٣١٣ ، كما قال ايضاً: كما قال : "وللموت علامات منها امتداد جلدة الولد مستقبله " قال الربيع " يعني خصاه فإنها تقاض عند الموت , وافتراج زندي يديه , واسترخاء القدمين حتى لا ينتصبان , وميلان الأنف , وعلامات سوى هذه , فإذا رئيت دلت على الموت، المرجع السابق، جـ١ صـ٣٢٣ .

(٣) روضة الطالبين ، للنووي، جـ٢، صـ٩٨.

(٤) الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، د/ بكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، مجلد ٣، جـ٣ صـ٥٢٩-٥٤١.

العلامات المعتبرة في غير هذه الأحوال من استرخاء الرجلين وانخساف الصدغين إلى آخره ليتحقق الموت»[1].

ولا شك أن هذه العلامات ليست يقينية ما عدا توقف التنفس توقفاً نهائياً لا رجعة فيه، ولذا اعترف الفقهاء أنفسهم أنه كان يتم تشخيص الموت في حالات لم تمت بعد حتى قال ابن عابدين في الحاشية: «إن كثيرين ممن يموتون بالسكتة ظاهرا يدفنون أحياء لأنه يعسر إدراك الموت الحقيقي بها إلا على أفاضل الأطباء فيتعين التأخير فيها إلى ظهور اليقين»[2].

ولا شك أن علامات الفقهاء للموت والتي سبق عرضها لا يمكن الأخذ بها في الوقت الحالي لأنها وعلى حد تعبير البعض ستؤدي إلى كارثة حقيقية إذا أخذنا بها، ولا شك أن الآلاف سيُحكم عليهم بالموت وهم أحياء حسب هذه التعريفات الفقهية للموت، وقد أدت تعريفات الموت عند الفقهاء إلى دفن آلاف بل ملايين الأطفال الذين لم يستهلوا صارخين وهم أحياء، كما أدت إلى دفن آلاف ومئات الآلاف من الأشخاص الذين أصيبوا بالسكتة، وكما قال الفقيه ابن عابدين فإن أكثر الذين يموتون بالسكتة يدفنون وهم أحياء[3].

فمن الخطورة بمكان أن نأخذ بهذه العلامات البسيطة التي كان الفقهاء يأخذون بها ويعتبرونها علامة للموت، مثل استرخاء القدمين، وانفصال الكفين، وميل الأنف، وامتداد جلدة الوجه، وانخساف الصدغين، وتقلص الخصيتين إلى فوق مع تدلي الجلدة، وبرودة البدن، فهذه العلامات جميعها ليست علامات للموت، بل إن توقف التنفس لديهم وهو علامة هامة للموت قد يكون عارضاً ويمكن إنقاذ المصاب به، وقد لا يكون علامة للموت إلا إذا استمر وقتاً كافياً[4].

---

(١) نهاية الحياة، د/ محمد الأشقر: (بحث مقدم إلى ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها) ومنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة ١٩٨٧م، مجلد ٣، جـ٣ صـ ٦٦١-٦٧١.

(٢) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، جـ١ صـ١٩٣.

(٣) الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي؟ د/ محمد علي البار، بحث مقدم إلى ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي عقدت بدولة الكويت خلال شهر ديسمبر عام ١٩٩٦م، تحت عنوان "تعريف الموت"، صـ١٥.

(٤) راجع تفصيل ذلك: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثالثة ١٩٨٧ مجلد ٣، جـ٢، صـ ٦٨٥-٦٩٤.

المطلب الثالث

الروح وتأثيرها في البدن

اتفق جمهور الفقهاء على أن الروح هي المحركة للبدن وأنها هي المتصرفة فيه، والموت هو مفارقة الروح للجسد، وانقطاع تصرفها عنه بخروج الجسد عن طاعتها، فإن الأعضاء آلات للروح كما يقول الإمام الغزالي: «الروح هي اللطيفة العالمة المدركة في الإنسان، وهو أمر رباني عجيب تعجز أكثر العقول والأفهام عن درك حقيقته»[1].

وقد جاء في تفسير الإمام الشوكاني في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلرُّوحِ ﴾ (الإسراء من آية ٨٥) قد اختلف الناس في الروح المسئول عنه ، فقيل : هو الروح المدبر للبدن الذي تكون به حياته ، وبهذا قال أكثر المفسرين . قال الفراء : الروح الذي يعيش به الإنسان لم يخبر الله سبحانه به أحداً من خلقه ، ولم يعط علمه أحداً من عباده فقال : { قُلِ ٱلرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّى} أي : إنكم لا تعلمونه... وانتهى الإمام الشوكاني إلى أن الروح من جنس ما استأثر الله بعلمه[2].

ويقول الإمام الغزالي: «إن كل عضو لا روح فيه فلا يحس بالألم، فإذا كان فيه الروح فالمدرك للألم هو الروح، فمهما أصاب العضو جرح أو حريق سرى الأثر إلى الروح، فبقدر ما يسري إلى الروح يتألم ، والنزع عبارة عن مؤلم نزل بنفس الروح فاستغرق جميع أجزائه حتى لم يبق جزء من أجزاء الروح المنتشر في أعماق البدن إلا وقد حلّ به الألم، فلو أصابته شوكة فالألم الذي يجده إنما يجري في جزء من الروح يلاقي ذلك الموضع الذي أصابته الشوكة ، فألم النزع يهجم على نفس الروح ويستغرق جميع أجزائه فإنه المنزوع المجذوب من كل عرق من العروق وعصب من الأعصاب وجزء من الأجزاء ومفصل من المفاصل، ومن أصل كل شعرة وبشرة من الفرق إلى القدم فلا تسأل عن كربه وألمه»[3].

---

(١) إحياء علوم الدين ، للغزالي، جـ٣، صـ٤.

(٢) فتح القدير، الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، جـ ٣ صـ ٢٥٤، طبعة دار المعرفة – بيروت – لبنان.

(٣) إحياء علوم الدين ، للغزالي، جـ٤، صـ٤٦١.

الروح في الجنين:

الروح لا تنفخ في الجنين إلا بعد كمال تسوية الجسد، قال تعالى: ﴿ ٱلَّذِىٓ أَحْسَنَ كُلَّ شَىْءٍ خَلَقَهُۥ ۖ وَبَدَأَ خَلْقَ ٱلْإِنسَٰنِ مِن طِينٍ ۝ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُۥ مِن سُلَٰلَةٍ مِّن مَّآءٍ مَّهِينٍ ۝ ثُمَّ سَوَّىٰهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِن رُّوحِهِۦ ۖ وَجَعَلَ لَكُمُ ٱلسَّمْعَ وَٱلْأَبْصَٰرَ وَٱلْأَفْـِٔدَةَ ۚ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ ۝ ﴾ (السجدة: ٦-٨)، وقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ مِن سُلَٰلَةٍ مِّن طِينٍ ۝ ثُمَّ جَعَلْنَٰهُ نُطْفَةً[1] فِى قَرَارٍ مَّكِينٍ ۝ ثُمَّ خَلَقْنَا ٱلنُّطْفَةَ عَلَقَةً[2] فَخَلَقْنَا ٱلْعَلَقَةَ مُضْغَةً[3] فَخَلَقْنَا ٱلْمُضْغَةَ عِظَٰمًا فَكَسَوْنَا ٱلْعِظَٰمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ أَحْسَنُ ٱلْخَٰلِقِينَ ۝ ﴾(المؤمنون: ١٢-١٤).

قال المفسرون (ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ) أي نفخنا فيه الروح، وذلك لا يكون إلا بعد المرور بالأطوار السبع - تكون ترابا ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكون لحما يكسو العظام ثم ينشئها الله خلقا آخر فينفخ فيها الروح فيتحرك ويصير { خَلْقًا آخَرَ } ذا سمع وبصر وإدراك وحركة واضطراب [4].

وقد ذكر الله سبحانه وتعالى في غير ما آية من القرآن الكريم هذه المراحل والأطوار التي يمر بها الجنين قبل أن تنفخ فيه الروح التي بها يصير الجسد إنساناً ومنها :

---

(١) النطفة: ورد ذكرها في القرآن الكريم في إثنى عشر موضعا وهى: المنى سمي نطفة لقلته وهو الماء الصافي القليل وقيل النطفة ماء الرجل والمرأة وجمعها نطف، المصباح المنير، للفيومي، صـ ٣١٤ مادة نطف - تفسير القرطبى، جـ١٢، صـ٦، فتح البارى بشرح صحيح البخاري ، لابن حجر، جـ١٣، صـ٣١٤.

(٢) العلقة: ورد ذكرها في القرآن الكريم في خمس مواضع وهى الدم الجامد وقيل الشديد الحمرة وقيل هي المنى ينتقل بعد طوره فيصير دما غليظا متجمدا، المصباح المنير، للفيومي، صـ٢٢٠ مادة علق، ومختار الصحاح، للرازي، صـ٤٥٠ مادة علق، وتفسير القرطبى، جـ٧، صـ٤٣٩٨ - فتح البارى، لابن حجر، جـ١٣، صـ٣١٧.

(٣) المضغة: هى لحمة قليلة قدر ما يمضغ، المصباح المنير، للفيومي، صـ ٢٢٠ مادة علق، ومختار الصحاح، للرازي، صـ٦٢٦.

(٤) تفسير الطبري، جـ١٩، صـ١٧، وتفسير ابن كثير، جـ٥، صـ٤٦٦ .

– قوله تعالى ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِن كُنتُمْ فِى رَيْبٍ مِّنَ ٱلْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ ۚ وَنُقِرُّ فِى ٱلْأَرْحَامِ مَا نَشَآءُ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوٓا۟ أَشُدَّكُمْ ۖ وَمِنكُم مَّن يُتَوَفَّىٰ وَمِنكُم مَّن يُرَدُّ إِلَىٰٓ أَرْذَلِ ٱلْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنۢ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْـًٔا ۚ ﴾ (سورة الحج من الآية رقم ٥).

وجه الدلالة من الآية :

لما ذكر الله تعالى المخالف للبعث المنكر للميعاد، ذكر تعالى الدليل على قدرته على الميعاد مرة ثانية مما يشاهد من بدئه للخلق، فذكر أن النطفة إذا استقرت في رحم المرأة مكثت أربعين يوما كذلك يضاف إليها ما يجتمع لها، ثم تنقلب علقة حمراء –بإذن الله– فتمكث كذلك أربعين يوما، ثم تستحيل فتسير مضغة –قطعة من اللحم لا شكل فيها ولا تخطيط–، ثم يشرع في التخطيط والتشكيل، فيصور منها رأسا وصدرا وبطنا وبقية الأعضاء فتارة تسقطها المرأة قبل التشكيل والتخطيط وتارة تلقيها وقد صارت ذات شكل وتخطيط[١].

– وقوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ مِن سُلَـٰلَةٍ مِّن طِينٍ ۝ ثُمَّ جَعَلْنَـٰهُ نُطْفَةً فِى قَرَارٍ مَّكِينٍ ۝ ثُمَّ خَلَقْنَا ٱلنُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا ٱلْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا ٱلْمُضْغَةَ عِظَـٰمًا فَكَسَوْنَا ٱلْعِظَـٰمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَـٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ أَحْسَنُ ٱلْخَـٰلِقِينَ ۝ ﴾ (سورة المؤمنون أية رقم ١٢ ، ١٣ ، ١٤).

وجه الدلالة من الآية :

أن الله تعالى ابتدأ خلق الإنسان من صلصال من حمإ مسنون ثم صير النطفة (وهى الماء الدافق الذي يخرج من صلب الرجل وترائب المرأة وهى عظام صدرها ما بين الترقوة

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربى جـ٣، صـ١٢٧١–١٢٧٣، و أحكام القرآن، للجصاص جـ٣، صـ٢٢٥–٢٢٧، وتفسير ابن كثير، جـ٣، صـ٣٣٠.

إلى السرة) علقة حمراء على شكل العلقة مستطيلة ثم صارت مضغة كالقطعة من اللحم لا شكل فيها ولا تخطيط ثم جعلها عظاما[1].

– وقوله تعالى: ﴿ مَّا لَكُمْ لَا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَارًا ۝ وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَارًا [2] ۝ ﴾ (سورة نوح آية رقم ١٣ ، ١٤).

وجه الدلالة من الآية :

أن الله تعالى وبخ أقواما لم يقدروه حق قدره ولم يوقروه ويقدسوه، وقد خلقهم في أطوار مختلفة متعددة ولا يقدر على ذلك إلا خالق عليم ويقول ابن عباس في تفسير الآية: " وَقَارًا " أي عظمة، أي لا تعظمون الله حق عظمته، أي لا تخافون من بأسه ونقمته، وقد خلقكم أطوارا أي تارات ، إذ خلقهم أولاً عناصر ، ثم مركبات تغذي الإنسان ، ثم أخلاطاً ، ثم نطفاً، ثم علقاً، ثم مضغاً، ثم عظاماً ولحوماً، ثم أنشأهم خلقاً آخر"[3].

فهذه ثلاثة آيات رئيسية ذكر الله تعالى فيها مراحل خلق الإنسان داخل رحم أمه وكذلك مراحل تكوينه خارج الرحم إلى أن يصير شيخا كبيرا .

مراحل تكوين الجنين في السنة النبوية:

عن عبد الله بن مسعود[4] ﷺ قال : حَدَّثَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ الصَّادِقُ الْمَصْدُوقُ قَالَ: "إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ

---

(١) تفسير البيضاوى، جـ٤، صـ٦٣ – التحرير والتنوير، لابن عاشور، جـ٩، صـ٢٢-٢٤، و تفسير ابن كثير جـ٥، صـ٤٤٦ .

(٢) الأطوار : يقال الطور فى اللغة المرة والطور بالفتح التارة وفعل ذلك طور بعد طورا أى مرة بعد مرة المصباح المنير ص ١٩٧ مادة طور مختار الصحاح ص ٣٩٩ أساس البلاغة ص٣٩٧ مادة طورا .

(٣) تفسير ابن كثير، جـ٤، صـ٦٦٥ ، وتفسير القرطبى، جـ١٠، صـ٦٧٨٢، وأحكام القرآن، لابن العربي، جـ٤، صـ١٨٦٠، وأنوار التنزيل وأسرار التأويل، للإمام ناصر الدين أبو الخير عبدالله بن عمر بن محمد البيضاوي، المتوفي سنة ٦٩١هـ ١٢٩٢م جـ٥، صـ١٥٣، طبعة دار المعرفة بلبنان.

(٤) هو: عبد الله بن مسعود بن غافل بمعجمة وفاء ابن حبيب بن شمخ بن فار بن مخزوم بن صاهلة بن كاهل بن الحارث بن تيم بن سعد بن هذيل الهذلي أبو عبد الرحمن، آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين الزبير وبعد الهجرة بينه وبين سعد بن معاذ وقال له في أول الإسلام: إنك لغلام معلم، وهو أول من جهر بالقرآن في مكة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجر الهجرتين، وشهد بدرا وأحد وسائر المشاهد، وهو الذي أجهز على أبي جهل لعنة الله توفى سنة ٣٢هـ، الإصابة في معرفة الصحابة، جـ٢، صـ١٧١، والاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، جـ٣، صـ٩٨٧ وما بعدها.

مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا فَيُؤْمَرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ وَيُقَالُ لَهُ اكْتُبْ عَمَلَهُ وَرِزْقَهُ وَأَجَلَهُ وَشَقِيٌّ أَوْ سَعِيدٌ ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ فَإِنَّ الرَّجُلَ مِنْكُمْ لَيَعْمَلُ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَنَّةِ إِلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ كِتَابُهُ فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ وَيَعْمَلُ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّارِ إِلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ" [١].

وجه الدلالة من الحديث :

يقول الإمام النووي: "ظاهره أن إرساله – أي الملك – يكون بعد مائة وعشرين يوما، وفي الرواية التي بعد هذه يدخل الملك على النطفة بعدما تستقر في الرحم بأربعين، أو خمس وأربعين ليلة ... وفي الرواية الثالثة: إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكا فصورها، وخلق سمعها، وبصرها، وجلدها ... قال العلماء: طريق الجمع بين هذه الروايات أن للملك ملازمة ومراعاة لحال النطفة ، وأنه يقول: يا رب هذه علقة، هذه مضغة، في أوقاتها، فكل وقت يقول فيه ما صارت إليه بأمر الله تعالى.. واتفق العلماء على أن نفخ الروح لا يكون إلا بعد أربعة أشهر"[٢].

ويقول الإمام ابن حجر: " أن الذي يجمع هو النطفة.... والأصل في ذلك أن ماء الرجل إذا لاقى ماء المرأة بالجماع وأراد الله أن يخلق من ذلك جنينا هيأ أسباب ذلك ، لأن في رحم المرأة قوتين : قوة انبساط عند ورود مني الرجل حتى ينتشر في جسد المرأة ، وقوة انقباض بحيث لا يسيل من فرجها مع كونه منكوسا ... ومعناه أنها تكون بتلك الصفة مدة الأربعين ثم تنقلب إلى الصفة التي تليها .... فيخالط الدم النطفة في الأربعين الأولى بعد انعقادها وامتدادها ، وتجري في أجزائها شيئا فشيئا حتى تتكامل علقة في أثناء الأربعين ، ثم يخالطها اللحم شيئا فشيئا إلى أن تشتد فتصير مضغة ولا تسمى علقة قبل ذلك ما دامت نطفة ، وكذا ما بعد ذلك من زمان العلقة والمضغة"[٣].

ويقول الإمام ابن رجب : " هذا الحديث يدلُّ على أنّه – أي الجنين– يتقلب في مائة وعشرين يوماً ، في ثلاثة أطوار ، في كلّ أربعين منها يكون في طَوْرٍ ، فيكون في

---

(١) صحيح البخاري، كتاب: بدء الخلق، باب: ذكر الملائكة، رقم ٢٩٦٩، جـ٢، صـ٢١١.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ، كتاب: القدر، باب: كيفية خلق الآدمي في بطن أمه، رقم ٤٧٨١، جـ١٦، صـ١٩٠– ١٩١.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر، كتاب : القدر، باب: في القدر، رقم ٦١٠٥، جـ١٣، صـ٣١٥-٣١٦.

الأربعين الأولى نطفةً ، ثم في الأربعين الثانية علقةً، ثم في الأربعين الثالثة مضغةً، ثم بعد المائة وعشرين يوماً ينفخ المَلَكُ فيهِ الرُّوحَ ، ويكتب له هذه الأربع كلمات "[1].

فالقرآن الكريم ذكر مراحل خلق الإنسان داخل الرحم من الناحية التشريحية، وذكر الحديث المراحل من الناحية الزمنية[2].

ويتضح مما سبق عرضه من أقوال العلماء فى التعليق عن هذا الحديث أن الإنسان يتقلب فى بطن أمه ثلاثة أطوار، ثم بعد ذلك يرسل الله عز وجل الملك لينفخ فيه الروح، ولا تعارض بين إرسال الملك بعد ثنتين وأربعين يوما وإرساله بعد مائة وعشرين يوما، لأن الإرسال الأول يكون للتصوير والتشكيل والتخطيط، وأما الإرسال الثاني فيكون للإحياء ونفخ الروح[3].

والخلاصة أن الفقهاء مجمعون على أن الجنين لا بد أن يمر بمراحل متعددة قبل أن تنفخ فيه الروح وهي التي بها الإرادة والفكر وبها يصير الإنسان إنسانا.

قال الإمام ابن القيم: «فإن قيل الجنين قبل نفخ الروح فيه هل كان فيه حركة وإحساس أم لا؟ قيل: كان فيه حركة النمو والاغتذاء كالنبات، ولم تكن حركة نموه واغتذائه بالإرادة، فلما نفخت (روحه) انضمت حركة حسيته وإرادته إلى حركة نموه واغتذائه»[4].

وقال الإمام ابن حجر، وهو يتحدث عن أول الأعضاء تكونا في الجنين: «قيل قلبه لأنه الأساس وهو معدن الحركة الغريزية ، وقيل الدماغ لأنه مجمع الحواس ومنه ينبعث وقيل الكبد لأن فيه النمو والاغتذاء الذي هو قوام البدن، ورجحه بعضهم بأنه مقتضى النظام الطبيعي، لأن النمو هو المطلوب أولا ولا حاجة له حينئذ إلى حس ولا حركة

---

(١) جامع العلوم والحكم، لابن رجب الحنبلي، صـ٥٠.

(٢) متى بدأت الحياة الإنسانية، د/ أحمد شوقى إبراهيم، بحث مقدم إلى ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، صـ٧٤ ، المنظمة الطبية للعلوم الإسلامية دولة الكويت " والمنعقدة بتاريخ الثلاثاء ٢٤ ربيع الأخر ١٤٠٥ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥.

(٣) تأجير الأرحام في ضوء الاجتهادات الفقهية والمعطيات الطبية دراسة مقارنة، د/رمضان السيد إسماعيل القطان رسالة دكتوراه شريعة دمنهور ٢٠٠٥م صـ٢٢٩.

(٤) التبيان في أقسام القرآن، لابن القيم، صـ٢٥٥.

إرادية لأنه حينئذ بمنزلة النبات، وإنما يكون له قوة الحس والإرادة عند تعلق النفس»[1].

واللافت للنظر حقاً أن يجعل هذان الإمامان العظيمان نفخ الروح مرتبطاً بالإحساس والإرادة أي بالجهاز العصبي بل بالدماغ، فإذا لم يكن هناك حس ولا إرادة فلا روح هناك، وإن كانت بعض الأعضاء بل كل الأعضاء تعمل.

مما سبق يتبين الآتي بالنسبة إلى الروح:

١- أن دخول الروح إلى الجنين لا يتم إلا بعد مرور فترة زمنية تكون أعضاء الجنين قد تكونت والقلب ينبض (منذ اليوم الثاني والعشرين منذ التلقيح) والدورة الدموية موجودة، ومع هذا فقد أجمع الفقهاء وعلماء الإسلام أن الجنين قبل نفخ الروح بمثابة الجسد، ولا يحكم له فيها بالحياة الإنسانية التي بها الإحساس والإدراك (وهي التي لا تظهر إلا بعد تكون الدماغ واتصال المناطق المخية العليا بالمناطق السفلية، وذلك لا يكون إلا بعد مرور مائة وعشرين يوماً منذ التلقيح[2].

٢- أن أهم وظائف الروح هي العلم والإدراك: يقول الإمام الغزالي: الروح هي المعنى الذي يدرك من الإنسان العلوم وآلام الغموم ولذات الأفراح، والروح تؤثر في البدن الإنساني وتتحكم فيه، والأعضاء آلات للبدن فإذا استعصت الأعضاء على عمل الروح فإن الروح، تغادر البدن، فكل الأعمال الاختيارية والإدراك والإحساس من عمل الروح والأبدان آلات للروح[3].

---

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر، كتاب القدر، باب: في القدر، جـ١١، صـ٤٨٢.

(٢) وهذا ما أثبته الدكتور كورين في بحثه الرائد الذي ألقاه في مؤتمر أخلاقيات زرع الأعضاء المنعقد في أتوا بكندا في ٢٠-٢٤ أغسطس ١٩٨٩م. حيث ذكر أن الاتصالات والتشابكات SYNAPSIS بين المناطق المخية العليا والمناطق الأسفل منها لا تبدأ إلا بعد مرور الجنين بفترة مائة وعشرين يوماً، مشار إليه : الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي؟ د/ محمد علي البار، بحث مقدم إلى ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي عقدت بدولة الكويت خلال شهر ديسمبر عام ١٩٩٦م ، تحت عنوان "تعريف الموت".صـ١٨ .

(٣) إحياء علوم الدين ، للغزالي، جـ٣، صـ٤.

ولكن هذا لا يعني أن خروج الروح يستتبع فقدان كل حركة في الجسم وموت كل خلية فيه، فقد اتفق الفقهاء، كما أسلفنا أن الجنين قبل نفخ الروح فيه كانت فيه حركة النمو والاغتذاء[1].

٣- أن الفقهاء لم يحكموا بحياة الجنين حتى بعد مولده وانفصاله حياً من أمه إلا إذا استهل صارخاً أو ظهرت عليه أمارات الحياة، ومنهم من لم يقبل التنفس ما لم يستمر وقتاً طويلاً، وكذلك لم يقبلوا الحركة دليلا على الحياة، بل ولا البول لأن ذلك يكون من إسترخاء المواسك (العضلات العاصرة) وبالغ بعضهم في عدم قبول العطاس والرضاع دليلاً على الحياة كما أسلفنا.

٤- أن الفقهاء ذهبوا إلى عدم الاعتداد بحركة المذبوح كمن اعتدى عليه وحش أو إنسان حتى فقد الإدراك والنطق والبصر والإحساس فإن حركته لا اعتبار لها عند الفقهاء، واعتبروه ميتاً رغم أن قلبه لا يزال ينبض ودورته الدموية لا تزال كاملة ومعظم أعضاء جسمه لا تزال تعمل، فقد اتفق الفقهاء جميعا على أن حركة المذبوح ليست دليلاً على الحياة، وأن الحركات الاضطرارية (الأفعال الانعكاسية من الجسم) التي لا اختيار فيها ليست أثراً من أثر الروح.

يقول الدكتور محمد نعيم ياسين: «ويفهم من ذلك أن العلماء المسلمين يرون أن الحركة الاضطرارية التي لا اختيار فيها ليست أثراً من آثار الروح، ومقتضى ما تقدم من تصورهم لوظائف الروح أن الحركة الاضطرارية الناشئة عن هذا النوع من الحياة ليس فيه دلالة على وجود الروح»[2].

وهذا دليل قوي على عدم اعتبارهم للدورة الدموية كدليل على وجود الروح إذ يمكن أن تكون هناك دورة دموية كاملة والقلب ينبض دون وجود الروح وهذا بالضبط ما يقوله الأطباء حيث إن القلب يمكن أن يستمر في النبض والدورة الدموية بمساعدة العقاقير

---

(١) التبيان في أقسام القرآن، لابن القيم، صـ٢٥٥.

(٢) نهاية الحياة الإنسانية في ضوء اجتهادات علماء المسلمين، د/ محمد نعيم ياسين، بحث مقدم إلى ندوة الحياة الإنسانية، بالكويت والمنشور أيضا في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي مجلد ٣ جـ٢ صـ٦٣٥-٦٦٠.

والأجهزة وبوجود منفسة تقوم بعملية التنفس، ولا يعد الشخص في تلك الحالة حياً بل هو ميت إذا مات دماغه بشروط معينة لا بد من توافرها في تشخيص موت الدماغ[1].

ولمعرفة حكم الأخذ بموت الدماغ من عدمه لابد من التعرض لموقف الفقهاء المعاصرين من الأخذ بموت الدماغ من عدمه؟ وهو ما نلقي عليه الضوء خلال المطلب التالي.

(١) الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي؟ د/ محمد علي البار، بحث مقدم إلى ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي عقدت بدولة الكويت خلال شهر ديسمبر عام ١٩٩٦م ، تحت عنوان "تعريف الموت".صـ٢٠.

المطلب الرابع

موقف الفقهاء من موت الدماغ

بعد عرض أقوال الفقهاء في مفهوم الموت وعلاماته ، وتأثير الروح في إلبدن بقى أن نلقى الضوء على موقف الفقهاء المعاصرين من الأخذ بمفهوم موت الدماغ، وبالنظر في أقوال الفقهاء نجد أنهم قد انقسموا في هذا الشأن على قولين:

القول الأول: أن موت الدماغ لا يعتبر موتاً حقيقياً.

القول الثاني: أن موت الدماغ يعتبر موتاً حقيقياً.

الرأي الأول وأدلته:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بعدم اعتبار موت الدماغ موتاً حقيقياً ، وأنه لابد من توقف القلب حتى يحكم بموت الإنسان، وبالتالي فلا يجوز المساس بالشخص إلا بعد توقف القلب، وذهب إلى ذلك غالبية الفقهاء المعاصرين[1].

أدلة أصحاب هذا الرأي:

استدل الفقهاء على عدم اعتبار موت الدماغ موتاً حقيقياً بالأدلة الآتية:

من الكتاب: قوله تعالى: "أَمْ حَسِبْتَ أَنَّ أَصْحَٰبَ ٱلْكَهْفِ وَٱلرَّقِيمِ كَانُوا۟ مِنْ ءَايَٰتِنَا عَجَبًا ۝ إِذْ أَوَى ٱلْفِتْيَةُ إِلَى ٱلْكَهْفِ فَقَالُوا۟ رَبَّنَآ ءَاتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً

---

(١) ومنهم : د/ بكر بن عبدالله أبوزيد، فقه النوازل، صـ٢٣٣، مطابع الفرزدق بالرياض، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٩هـ والشيخ بدر المتولي عبدالباسط، في بحثه نهاية الحياة الإنسانية ، من بحوث ندوة الحياة الإنسانية، ثبت الندوة، صـ٤٤٥، ود/ توفيق الواعي، في بحثه، حقيقة الحياة، من بحوث ندوة الحياة الإنسانية، ثبت الندوة، صـ٤٦١، والشيخ / عبدالقادر العمادي، بحوث ندوة الحياة الإنسانية، ثبت الندوة، صـ٤٨٥، وفضيلة الأمام الأكبر د/ جاد الحق علي جاد الحق –رحمه الله– ، بيان للناس، جـ٢، صـ٣١٧، طبعة وزارة الأوقاف، ود/ محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، صـ١٢٧، مكتبة الفارابي دمشق ١٩٩٢م، ود/ عقيل العقيلي، حكم نقل الأعضاء، صـ١٥٠، مكتبة الصحابة بجدة، ود/ محمد الشنقيطي ، أحكام الجراحة الطبية، صـ٣٣٥، ود/ أحمد محمد الشريف، نقل الأعضاء، صـ١٩٧.

كما صدرت بهذا الرأي فتوى لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية، في جلستها المنعقدة في ١٨ صفر ١٤٠٢هـ الموافق ١٩٨١/١٢/١٤م، والتي نصت على أنه: "لا يمكن اعتبار هذا الشخص ميتاً بموت دماغه متى كان جهاز تنفسه، وجهازه الدموي فيه حياة ولو آلياً" ينظر ثبت ندوة الحياة الإنسانية، صـ٤٣٣.

وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا ﴿١٠﴾ فَضَرَبْنَا عَلَىٰٓ ءَاذَانِهِمْ فِي ٱلْكَهْفِ سِنِينَ عَدَدًا ﴿١١﴾ ثُمَّ بَعَثْنَٰهُمْ لِنَعْلَمَ أَيُّ ٱلْحِزْبَيْنِ أَحْصَىٰ لِمَا لَبِثُوٓاْ أَمَدًا ﴿١٢﴾ "(سورة الكهف ١٨ أية ٩- ١٢).

وجه الدلالة:

في هذه القصة أشار القرآن الكريم إلى أن هؤلاء النفر قد فقدوا الإحساس والشعور لفترة طويلة وصلت (ثلاثمائة عام وزيادة تسع) ولم يعبر القرآن عن هذه الفترة رغم طولها باستعمال لفظ الموت، وإنما استعمل قوله تعالى: "فَضَرَبْنَا عَلَىٰٓ ءَاذَانِهِمْ " ولم يقل فأمتناهم أو ألقينا عليهم الموت مثلاً، وإنما خلت القصة من ذكر الموت تماماً لأنه فقدان للإحساس فقط والحياة مستمرة[1]، ثم عبر بقوله (بَعَثْنَٰهُم) أي أيقظناهم، وهذا دليل واضح على أن مجرد فقد الإحساس والشعور لا يعتبر وحده دليلاً كافياً للحكم بموت الإنسان[2].

من القواعد الفقهية:

١- قاعدة: "اليقين لا يزال بالشك"[3].

٢- قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"[4].

وجه الاستدلال:

دلت القاعدة الأولى على أن اليقين في هذه الحالة المختلف فيها وهو حياة المريض لا يزال بالشك- موت الشخص لموت دماغه- فوجب علينا اليقين الموجب للحكم بحياته[5].

---

(١) حقيقة الموت والحياة، د/ توفيق الواعي، من بحوث ندوة الحياة الإنسانية، ثبت الندوة، صـ٤٧٢ .
(٢) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٣٠.
(٣) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم، صـ٥٦، والأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٥٠.
(٤) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم، صـ٥٧، والأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٥١.
(٥) فقه النوازل، د/ بكر أبوزيد، صـ٢٣٢، وحقيقة الموت والحياة، د/ توفيق الواعي، صـ٤٧٨.

كما دلت القاعدة الثانية: على أن الأصل بقاء الروح وعدم خروجها، فنحن نبقى على هذا الأصل ونعتبره[1]، وذلك إعمالا لقاعدة سد الذرائع[2].

الاستصحاب: ووجه أن حالة المريض قبل موت الدماغ متفق على اعتباره حياً فيها، فنحن نستصحب الحكم الموجود فيها –الحياة– إلى هذه الحالة التي اختلف فيها –موت الدماغ– ونقول إنه حي وروحه باقية لبقاء نبضه، والاستصحاب من مصادر الشرع المعتبرة إلا إذا قام دليل على خلافه[3].

النظر: أستدل أصحاب هذا الرأي بمجموعة من الأدلة العقلية ومنها:

١– أن المحكوم عليه بموت دماغه ما زال قلبه ينبض ودورته الدموية تعمل، وهذا دليل على استقرار الحياة في الجسد إذ الإنسان لا يعتبر ميتاً لتوقف الحياة في بعض أجزائه بل يعتبر كذلك وتترتب آثار الوفاة متى تحقق موته كلية، فلا يبقى في الجسد حياة، لأن الموت زوال الحياة ، أما قطع كبد أو قلب أو رئة فهو قتل متى توقفت الحياة نتيجة ذلك[4]، ومعلوم أن حفظ النفس من مقاصد الشريعة الإسلامية التي بلغت مرتبة الضروريات التي تجب المحافظة عليها[5].

٢– أن موت الدماغ إنما هو نذير ومقدمة للموت وليس موتاً حقيقياً، وأحكام الموت إنما تترتب على وقوعه الفعلي التام لا على توقعاته، وعودة المريض الذي مات دماغه للحياة ليس أمراً مستحيلاً عقلاً، ومن ثم فليس مستحيلاً شرعاً[6].

---

(١) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ ٢٣٠ – ٢٣١. .

(٢) القواعد الفقهية، د/ محمد بكر إسماعيل، صـ١١٤، طبعة دار المنار سنة ١٩٩٧م.

(٣) فقه النوازل، د/ بكر أبوزيد، صـ٢٣٢.

(٤) بيان للناس، د/ جاد الحق علي جاد الحق، جـ٢، صـ٣١٧.

(٥) المستصفى، للإمام أبي حامد الغزالي، جـ١ ، صـ٢٨٧، الطبعة الأولى، مطبعة البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٦هـ، والموافقات للشاطبي، جـ٢، صـ١٠.

(٦) قضايا فقهية معاصرة، د/ محمد سعيد البوطي، صـ١٢٧.

٣- أن الفقهاء – رحمهم الله- ذكروا في كتبهم علامات الموت المعتبرة للحكم بموت الإنسان[١] وذلك حرصاً منهم على ألا يحكم بموت الإنسان إلا بعد فقدان جسمه للحياة[٢] وانه في حالة الشك ينتظر به حتى يتيقن موته[٣].

الرأي الثاني وأدلته:

ذهب إلى هذا الرأي باعتبار موت الدماغ موتاً كاملاً بعض الفقهاء المعاصرين[٤]، ويظهر ذلك جلياً من خلال أقوالهم ومدى الربط بين الموت وبين توقف المخ عن العمل.

فمنهم من يقول[٥] في سياق كلامه عن التشريح « على أن يكون ذلك بعد تحقق وفاة الميت بتوقف مخه عن أداء وظيفته لا بتوقف قلبه لان قلبه قد يتوقف والمخ لازال قائما بوظيفة فلا تتحقق الوفاة حينئذ ».

ومنهم من يقول[٦]: «إن الإنسان يتكون من أجهزة متعددة وسيد هذه الأجهزة هو المخ، ويكون كل شئ جاهز للعمل طالما كانت الحياة موجودة في خلايا المخ، ولكن إذا ماتت فإن كل شئ ينتهي في جسم الإنسان، ولعل هذا هو السبب في قول البعض إن فلانا قد مات وأعطوه دواء أعاد إليه الحياة، فهؤلاء يتناسون الحقيقة العلمية بأن الحياة لا تغادر جسم الإنسان إلا إذا توقف مخه عن العمل، فقد يتوقف القلب عن العمل

---

(١) راجع هذه العلامات: الفتاوى الهندية، جـ١، صـ١٥٤، وحاشية ابن عابدين، جـ١ـ صـ١٨١، ومختصر خليل، جـ١، صـ٣٧، وشرح الخرشي، جـ٢، صـ٢٦٢، وروضة الطالبين للنووي، جـ٢، صـ٩٨، ومنتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ،للإمام تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار، جـ١، صـ٣٢٣، دار الجيل للطباعة بالفجالة سنة ١٣٨١هـ، بتصحيح عبدالغني عبدالخالق.

(٢) حقيقة الموت والحياة ، د/ توفيق الواعي، ندوة الحياة الإنسانية، ثبت الندوة، صـ٤٧٥، ٤٧٦، وأحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٣٣٢.

(٣) المغني ، لابن قدامة، جـ٢، صـ٤٥٢.

(٤) ومنهم: د/ محمد نعيم ياسين، في بحثه نهاية الحياة الإنسانية في ضوء اجتهادات علماء المسلمين والمعطيات الطبية، من بحوث ندوة الحياة الإنسانية، صـ٤٠٣، ود/ أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، صـ١٦٠، ود/ عمر سليمان الأشقر، في بحثه بداية الحياة، من بحوث ندوة الحياة الإنسانية، صـ١٤٦، ود/ محمد سليمان الأشقر، في بحثه نهاية الحياة، الندوة السابقة، صـ٤٢٨، ٤٣٩، كما ذهب إلى ذلك مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث في الفترة من ٨ – ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ ، الموافق ١٦ اكتوبر، عام ١٩٨٦م ، قرار رقم (٥) د/ ٨٦/٧/٣، بشأن أجهزة الإنعاش.

(٥) فتوى فضيلة الشيخ / عبد الله المشد رئيس لجنة الفتوى بالأزهر -رحمه الله- في أغسطس سنة ١٩٨٥.

(٦) رأى فضيلة الشيخ / محمد متولي الشعراوى -رحمة الله- كما نشر في جريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٥/١٠/١٢ صـ٣.

ويعالجه الأطباء بصدمة كهربائية تعيد تشغيله، أما إذا ماتت خلايا المخ وتوقفت عن العمل فهذا هو الموت الحقيقي، لأن أجهزة الجسم كلها لا تعيش بدون هذا السيد لحظة واحدة».

ويقول آخر[1] في معرض الحديث عن زراعة الأعضاء: «نحن نرحب بزراعة الأعضاء، ولقد أصبحت مسألة الوفاة الدماغية قضية محسومة من الناحية العلمية والفقهية، وهي فعلا تلف جذع الدماغ تلفا لا رجعه فيه،... وهناك للأسف بعض الأطباء يناقشون في أمر حسم بإجماع الأمة الإسلامية، وبقرار فقهائها وعلمائها، وأحيانا يناقشون من منطلق فقهي، ونحن نقول لهؤلاء اتركوا الفقه لأهل الفقه فهذه القضية قد حسمت، والوفاة الدماغية هي وفاة جذع الدماغ، أو تلف جذع المخ، والأطباء لديهم الوسائل والآليات والضمانات التي لابد منها، والتي تشخص الوفاة تشخيصا دقيقا وسليما صحيحا».

أدلة أصحاب هذا الرأي: أستدل أصحاب هذا الرأي بمجموعة من الأدلة منها:

١- إن الفقهاء قرروا أن حياة الإنسان تنتهي عندما يغدوا الجسد الإنساني عاجزاً عن خدمة الروح والانفعال لها[2]، وهذا موجود في موت الدماغ، فإن الأعضاء لا تستجيب لتصرفات الروح، والحركة الموجودة في بعض الأحيان إنما هي حركة اضطرارية لا علاقة لها بالروح وليست ناشئة عنها[3]، وقد ذهب الفقهاء رحمهم الله إلى عدم الاعتداد بالحركة الاضطرارية[4].

---

(١) فضيلة الدكتور/ يوسف القرضاوى، في ندوة الجوانب الدينية لنقل الأعضاء، التي عقدت في أبو ظبي سنة ١٩٩٨ ونشرت في نشرة الجمعية العربية لأمراض وزرع الكلى، في يونيو عام ١٩٩٨م.

(٢) الروح ، لابن القيم، صـ٢٤٢، الدين الخالص أو إرشاد الخلق إلى دين الحق، للشيخ محمود محمد خطاب السبكي،جـ٧، صـ١٨٦، المتوفى عام ١٣٥٢هـ، ط. الرابعة ١٣٩٧هـ، وشرح العقيدة الطحاوية، صـ٣٨١.

(٣) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢٣٤.

(٤) المنثور في القواعد، للزركشي، جـ٢، صـ١٠٥.

٢- أن في موت الدماغ لا يبقى أي منعكس من منعكسات العين، وهو بذلك يتوافق مع حديث أُمِّ سَلَمَةَ رضي الله عنها قَالَتْ: دَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى أَبِي سَلَمَةَ وَقَدْ شَقَّ بَصَرُهُ فَأَغْمَضَهُ ثُمَّ قَالَ: "إِنَّ الرُّوحَ إِذَا قُبِضَ تَبِعَهُ الْبَصَرُ"[١].

٣- أظهرت معظم الدراسات التي أجرت تشريح جثث لموتى الدماغ أن موت الدماغ يمثل نقطة اللاعودة، وكل من أصيب بموت الدماغ انتهى به الأمر إلى توقف القلب بعد زمن قصير[٢].

٤- قياس حالة من مات دماغه على من قُطع رأسه وما زال قلبه ينبض، فلو تخيلنا أن رجلاً قُطعت رأسه واستطاع الأطباء أن يسيطروا على نزيف الدم ووضعوه على المنفسة، فاستمر قلبه في النبض، فهل يعتبر هذا الشخص حياً ، أم ميتاً، بالطبع لا خلاف في أنه لم يعد من أهل هذه الحياة، إذاً فالدماغ هو الأساس في الفصل بين حياة الإنسان وموته وليس القلب، لأن كل من الرجلين(الذي مات دماغه والذي قطعت رأسه) قد فقد كل منهما دماغه[٣].

٥- من مات دماغه فقد توقف عن قبول أي غذاء أي أن حياته الذاتية قد ذهبت إلى غير رجعة، وهي الحياة التي يقودها الدماغ توزيعاً وتنظيماً، لأن مركز القيادة قد دمر تدميراً كاملاً ولم تبقى له إلا حياة صناعية[٤].

الترجيـــح:

الذي أراه راجحاً والله أعلم هو الأخذ بمفهوم موت الدماغ القائم على المعايير الطبية المعترف بها في هذا الشأن من قبل الأطباء الثقات ، فمتى قرر الأطباء الاختصاصيون أن الشخص قد تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل، وأن عمل بعض الأعضاء كالقلب مثلاً يتم

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الجنائز، باب في إغماض الميت والدعاء له إذا حضر، حديث رقم ١٥٢٨، جـ٣، صـ٢٥٠، سبق تخريجه صـ ٣١٤.
(٢) نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ١٩٦ .
(٣) بداية الحياة ، د/ محمد نعيم ياسين، صـ٤٠٠.
(٤) نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ١٩٦ .

بفعل الأجهزة[1]، فإنه هنا يعتبر هذا الشخص متوفى، ولا مانع من استئصال بعض أعضاء جسمه لإنقاذ مريض مضطر إليها بالضوابط الشرعية والقانونية، وذلك للأسباب التالية:

١- الموت شرعا هو مفارقة الحياة مفارقة تامة، والذي يحكم بأن فلان قد فارق الحياة هم الأطباء، وليس الفقهاء امتثالاً لأمر الله " فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾" (سورة النحل من آية ٤٣) ، وأهل الذكر هم المتخصصون في كل فن وعلم، وبالتالي فإن الذي يحكم بأن فلانا قد فارق الحياة مفارقة تامة هم السادة الأطباء الثقات المتخصصون في هذا الشأن دون سواهم[2]" وقد رأينا فيما سبق أن الغالبية العظمى من الأطباء قد ذهبوا إلى الأخذ بمفهوم موت الدماغ، فعلى هذا الأساس ينبغي أن نترك للأطباء تحديد هذا الأمر مع مراعاة أنهم يدركون حقيقة المسئولية الملقاة على عاتقهم ، وبالتالي فلا وجه للتشكيك في أنهم من الممكن أن ينحرفوا عن الطريق القويم من أجل إشباع النهم العلمي لأنه في جميع الأحوال يشترط أن يكون الأطباء الذين يحددوا الوفاة ، غير الأطباء القائمين على عمليات نقل الأعضاء.

٢- تعرضنا سابقاً لأقوال الفقهاء في حياة الجنين ورأينا أنهم قد أجمعوا على عدم الحكم عليه بالحياة إلا إذا أستهل صارخاً، حتى لو صدرت منه حركات أو رضع أو بال، فإذا كان المولود حديثاً وقد نفخت فيه الروح منذ أشهر عديدة لا يحكم له بالحياة إلا عندما يستهل صارخاً أو يستدل على حياته بأمارات موثقة عندهم فإنه من العجيب جداً أن لا يحكم لمن مات دماغه وبالتالي فقد الإحساس والحركة والإرادة بالموت [3].

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥) د/ ٨٦/٧/٣، بشأن أجهزة الإنعاش، في دورة مؤتمره الثالث في الفترة من ٨ – ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ ، الموافق ١١ – ١٦ أكتوبر، عام ١٩٨٦م.

(٢) رأى فضيلة الإمام الأكبر الدكتور / محمد سيد طنطاوى، شيخ الأزهر الذي نشر في جريدة الأهرام بتاريخ ٢٠٠١/٣/٩م، صـ٣.

(٣) الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي؟ د/ محمد علي البار، بحث مقدم إلى ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي عقدت بدولة الكويت خلال شهر ديسمبر عام ١٩٩٦م ، تحت عنوان "تعريف الموت".صـ٧

٣- أن الفقهاء قد أجمعوا[١] على أنه لو أعتدي إنسان أو حيوان على شخص وأفقده النطق والإبصار والإحساس والإدراك ولم يبق منه إلا ما يسمى حركة المذبوح، ثم جاء آخر فأجهز عليه، فإن القاتل هو الأول، وإنما يعزر الثاني لانتهاكه حرمة الميت، فمهما كان قلبه ينبض وهو يتنفس ويتحرك إلا أن هذه الحركات اضطرارية فلا يحكم له فيها بحياة[٢].

فإذا كان الفقهاء قد حكموا على مثل هذا الشخص بالموت، وهو ما لا يجرؤ الأطباء على فعله فإن تشخيص موت الدماغ بمواصفات الأطباء اليوم أشد بكثير من مواصفات الفقهاء في تعريف الحياة غير المستقرة وحركة المذبوح وما شاكل ذلك[٣].

صفوة القول:

بعد عرض وجهة النظر الطبية، والفقهية، والقانونية، في مسألة الموت يتضح لي أنه ليس هناك خلاف كبير بين ما وصل إليه فقهاء كل طائفة، لأنه في جميع الأحوال، وعلى الراجح من أقوال رجال القانون والفقه الإسلامي، فإن الأطباء على مر العصور هم الفئة التي يناط بها تحديد ضوابط الموت، ولا يعدو تناول الفقهاء لهذه المسألة من باب التنظيم والتأصيل لأنه لا القانونيين ولا الفقهاء لديهم القدرة على تحديد معيار الوفاة، ولا سيما في ظل ما وصل إليه العالم من وسائل متقدمة للإنعاش الصناعي، وحتى بالنظر في أقوال الفقهاء، ورجال القانون الذين تمسكوا بحقهم في تعريف الموت، ووضع ضوابطه، نجد أنهم لم يحددوا هذا المفهوم إلا بالاستناد لأقوال أهل الذكر في هذا المجال وهم الأطباء، إذن فإنه من المنصف أن نترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للطبيب المختص،

---

(١) الجوهرة النيرة ، للعبادي، جـ١ صـ١١٠، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، جـ٧ صـ ٢٦٣، جـ٨ صـ١١٦، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، للهيثمي، جـ٩، صـ٣٢٠، والمغني لابن قدامة، جـ٩، صـ٣٢٣، وشرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، لجعفر بن الحسن الهذلي, جـ٣ ، صـ١٦٤ , والمجموع شرح المهذب ، ليحي بن شرف للنووي، جـ٩ ، صـ٩٩، والإنصاف ، للمرداوي ، جـ١٠ ، صـ٣٩٨ , وأسنى المطالب شرح روض الطالب ، لزكريا الأنصاري، جـ٤ ، صـ١٠.

(٢) تحفة المحتاج، للهيثمي، جـ٨ صـ ٣٩٣، وجاء فيه: "(وإن أنهاه رجل) أي أوصله جان (إلى حركة مذبوح بأن لم يبق) فيه إدراك و (إبصار ونطق وحركة اختيار) ...(ثم جنى آخر فالأول قاتل) لأنه الذي صيره لحالة الموت ومن ثم أعطي حكم الأموات مطلقا (ويعزر الثاني) لهتكه حرمة ميت"، والمنثور في القواعد الفقهية، للزركشي ، جـ٢ صـ ١٠٥ ، ١٠٦، وجاء فيه: "وأما حياة عَيْش المَذْبُوحِ وهي التي لا يبقى معها إبصار ولا نطق ولا حركة اختيارية , فإذا انتهى الإنسان إلى ذلك فإن كان بجناية جان وقتله آخر فلا قصاص عليه , والقصاص على الأول".

(٣) الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي؟ د/ محمد علي البار، صـ١٢ .

ولكن ينبغي أن يكون هناك تشريع ينظم ضوابط هذه الوفاة وفقاً لما أستقر علية رأي غالبية الأطباء وما اعتمدته أكثر الدول في العالم، فالقانون هنا ينظم من له الحق في إعلان الوفاة (كاشتراط أن يتم تقرير الوفاة من قبل أثنين أو ثلاثة من الأطباء المختصين ، وأن يتم ذلك بعد إجراء كافة الاختبارات التي تؤكد حدوث الوفاة).

ولا خلاف أيضا على نحو ما ذكرنا سابقاً من الأخذ بمفهوم موت الدماغ وذلك على نحو ما وصل إليه القول الراجح طبياً وفقهياً وقانونياً، من أن موت الدماغ يمثل مرحلة اللاعودة إلى الحياة، لأن الدماغ هو مبدأ الحس والحركة(١)، وأنه يمثل أحد المقاتل الخفية في الجسم(٢).

وإذا كان موت الدماغ هو المعيار المقبول لتقرير وفاة الشخص ، فإنه يجوز للأطباء المساس بالموتى من أجل استقطاع الأعضاء لزرعها في جسم مريض محتاج إليها لإنقاذ حياته من الموت المحقق، ولا مسئولية على الطبيب في هذه الحالة لأن فعله يكون من قبيل استخدام الحق(٣)، طالما تم ذلك وفقاً للضوابط المقررة في هذا الشأن والتي هي مناط دراستنا في الفصل التالي.

---

(١) القانون في الطب، لابن سيناء، جـ١ ، صـ٢١، ٦٧.
(٢) الأشباه والنظائر ، للسيوطي، صـ٥١٢.
(٣) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين الدين عابدين، صـ٤٣٤ .

الفصل الثاني
مدى مشروعية المساس بجثث الموتى
في القانون والفقه الإسلامي

تمهيد:

إن المساس بالجثة من أجل إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء يقتضي منا البحث في مدى مشروعية هذا المساس لأن حرمة المساس بجثة المتوفى تقوم على أساس احترام القيم الأخلاقية والمعنوية أي احترام ذكرى المتوفى[1]، وقد اعتبرت المجتمعات القديمة البدائية أن الأموات يبقون حاضرين ويجب على الآخرين الامتناع عن كل ما يمكن أن يغضبهم وعدم الاعتداء على جثثهم تحت أي ظرف كان[2].

ولكي نستطيع الوقوف على مشروعية المساس بجثث المتوفين فإنه ينبغي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مدى مشروعية المساس بجثث الموتى في القانون.

المبحث الثاني: مدى مشروعية المساس بجثث الموتى في الفقه الإسلامي.

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، صـ١٥٩.
(٢) J. Pelissier : الحفاظ على التكامل الجسدي للشخص، رسالة دكتوراه، باريس، ١٩٧٧م، صـ١٠٧، مشار إليه : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ١٨٤.

المبحث الأول
مدى مشروعية المساس بجثث الموتى في القانون

ضوابط المساس بالجثة:

نظرًا للتقدم الكبير الذي لحق بالمجال الطبي، فقد أصبحت جثة المتوفى مصدرًا أساسيًا للحصول على الأعضاء البشرية لزرعها للمرضى الذين يحتاجون إليها، وما بين هذه الحاجة الملحة وبين كون الجثة شيئًا خارجًا عن دائرة المعاملات المالية[1] تثور المشكلة، ولكن إذا وضعنا في الاعتبار أن هذه الجثة قد تؤدي إلى إنقاذ شخص من موت محقق أو من مرض خطير فهنا تكمن مشروعية المساس[2]، على نحو ما سنرى ولبيان ذلك فإنه ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الجثة في القانون المدني.

المطلب الثاني: الحماية القانونية المقررة للجثة.

المطلب الثالث: إباحة المساس بجثة المتوفى.

---

(١) Dierkens : R : "Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme". Collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd., Masson, et cie, Paris, 1966, No. 207, p. 134.

(٢) وهناك من ذهب إلى تأسيس هذه المشروعية بالقياس على القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م والخاص ببنك العيون فقال: "يعد نقل الأعضاء من جثث الموتى أمرا مشروعا من الناحية القانونية قياسا على القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، وحتى يصدر قانون جديد ينظم عملية نقل الأعضاء تنظيما كاملا"، نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ٢٧٤.

المطلب الأول

مفهوم الجثة في القانون المدني

إن الجثة هي جوهر الجسم البشري بعد أن يلحقه الموت فحسب تعريف البعض توجد جثة الإنسان منذ اللحظة التي يتوقف فيها جسمه عن الوجود بسبب فقدانه أحد عناصره التكوينية (الحياة)[١].

وللجثة احترامها الكامل لدى الجميع ولكنها لا تكتسب هذا الوصف إلا بعد التأكد التام من موت صاحبها، والذي يجب أن يكون محققًا وخاصة في ظل عملية نقل وزرعٍ الأعضاء لأنه لابد أن يتم اقتطاع العضو وهو لا يزال فعليًا حيًا من جسم مات سابقا، مما يستدعي ملاحظة التحقق من الوفاة أو الدفن المبكر.

ويجد الخوف من الدفن المبكر ضرورة منذ أقدم العصور حيث استقر الدفن قديمًا وقبل دفن السيد المسيح على وضع البعض ريشة مدببة في أنف المتوفي للتأكد من توقف أي تنفس وقد أمر واشنطن ألا يدفن إلا بعد ثلاثة أيام من موته[٢].

لأنه قد يتم خطأ دفن الشخص وهو مازال على قيد الحياة مثلما حدث مع الماريشال Ornano رفيق نابليون الأول والذي أصيب بقنبلة مدفع واعتبر ميتًا ودفن تحت الثلج ثم أراد أحد الضباط بعد عدة ساعات حمل جسده إلى فرنسا، فأخذه وقاده إلى مقر القيادة العام حيث أدرك جراح الإمبراطور البارون Larrey الخطأ الكبير في تشخيص موته، وقدم له العلاج اللازم مما أعطى لهذا الماريشال المحظوظ حوالي ٥٠ سنة من الوجود على سطح الأرض[٣].

ولهذا السبب فقد ابتكرت وسائل كثيرة للتأكد من ثبوت الموت ولاسيما في معارض الجثث مجهولة الهوية حيث يتم إحاطة أيدي المتوفى بحبل رفيع حتى تستطيع أقل حركة للشخص تحريك جرس يصدر صوتًا قويًا ليشد الانتباه إلى وجود شخص مازال على قيد الحياة.

---

(١) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ١٨٨.

(٢) معلومات ذكرت عند B.Dubo، المرجع السابق، ١٩٨٧، صـ١٩٤.

(٣) M. Batigne : Les greffes d'organes en droit pénal, thése Montpellier, 1980, p. 326.

مشار إليه : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ١٨٩.

المطلب الثاني

الحماية القانونية المقررة للجثة

الجثة وضوابط حمايتها:

إن احترام الجثة – باعتبارها قيمة معنوية – يستدعي عدم المساس بها أو انتهاك حرمتها والتمثيل بها، وهذا ما حرصت عليه التشريعات في مختلف دول العالم من حيث تجريم القوانين الجنائية الاعتداء على جثة المتوفى، لمراعاة مشاعر الأحياء من أقاربه وكذلك لمراعاة العقائد الدينية التي تحرم هذا المساس[1].

ولقد حرص المشرع المصري على حماية الجثة وتحريم المساس بها فنص في المادة ٣/١٦٠ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م[2] على أنه "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين كل من انتهك حرمة القبور أو الجبانات أو دنسها".

كما تنص المادة ٢٣٩ من القانون المذكور على أنه "كل من أخفى جثة قتيل أو دفنها بدون إخبار جهات الاقتضاء وقبل الكشف عليها، وتحقيق حالة الموت وأسبابه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة".[3]

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٦٠.

(٢) صدر قانون العقوبات عام ١٩٣٧م ونشر في عدد الوقائع المصرية رقم (٧١) بتاريخ ٥ أغسطس ١٩٣٧م.

ومنذ صدور هذا القانون تبعه عدد كبير من القوانين التي عدلت وألغت بعض مواده بينما تناولت قوانين أخرى إضافة مواد إليه أو استبدال مواد فيه، وباستقراء هذه القوانين نجد أن القوانين الصادرة قبل ثورة يوليو ١٩٥٢م قد تناولت بالتعديل أو بالإضافة مادة أو مادتين أما القوانين التي صدرت بعد ثورة يوليو فقد تناولت في طياتها إجراء تعديلات جذرية فيه ومنها القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١م والذي ألغى (١٥) مادة بأكملها ثم القانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٢م (منشور بالجريدة الرسمية، العدد (١٦) بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٢م)، والذي تناول على وجه التحديد بالتعديل أو بالإضافة أو بالاستبدال أو بالإلغاء (١١١) مادة، إذ عدل (٧٦) مادة، واستبدل (١٦) مادة، وألغى عقوبة الغرامة من (١٨) مادة ثم ألغى مادة واحدة بأكملها.

وكانت المادة (١٦٠) الماثلة بين أيدينا من ضمن المواد المستبدلة في ظل هذا القانون الجديد إذا كانت تنص قبل الاستبدال على "أنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز الخمسين جنيهًا مصريًا ... كل من انتهك حرمة القبور أو الجبانات، أو دنسها".

راجع في ذلك : مدونة التشريعات المصرية، إشراف / السيد حسن البغال (قانون العقوبات) ١٩٨٢م، صـ٤، ٥، صـ٢٣٦.

(٣) ولما كان الاعتداء على الجثة يمثل جريمة فإنه من المناسب : التعرض لأكفان الموتى وملابسهم أو ما يوضع مع الجثة من أمتعة وحكم الاعتداء عليها، وحيث إن المتوفى لا تنسب إليه ملكية، فإن ورثته هم

#

وقد حكمت محكمة بني سويف الكلية في ١٩٢٥/٢/٢٥م بأن : " هذا النص — ١٦٠/ ٣ع — ينطبق على انتهاك حرمة الجثة بين الوفاة والدفن "[١].

كما قد قضي في مصر بأن : " كل فعل مخل بالاحترام الواجب على كل فرد نحو المتوفى يعد تدنيساً معاقباً عليه "[٢].

كما قضت محكمة النقض "أنه يشترط لقيام الجريمة أن يتحقق مع ارتكاب فعل الإخفاء أو الدفن دون إخبار جهات الاقتضاء أن تتجه إرادة الجاني إلى إخفاء الجثة عن أعين السلطات العامة"[٣].

كما أن المشرع الفرنسي قد جرم انتهاك القبور والمساس بجثة المتوفى في قانون العقوبات الفرنسي من خلال المادة (٣٦٠) والتي اشترطت لقيام الجريمة أن تكون الجثة قد دفنت، وأن يكون الاعتداء من طبيعته انتهاك حرمة الموتى[٤].

وإذا كانت القوانين قد استقرت على إضفاء نوع من الحماية على جثة المتوفى وتجريم المساس بها إلا أنه يبقى السؤال المهم جدًا وهو هل يعتبر استئصال عضو من الجثة بغرض زرعه في جسد إنسان حي انتهاكاً لجثة المتوفى وبالتالي يخضع للتجريم ؟ هذا ما سوف نتعرف عليه من خلال التعرض لإباحة المساس بجثث الموتى.

المالكون لكل ما كان يملكه أو لما وضعوه في قبره أو تركوه مع جثته، وأي اعتداء على هذه الأشياء يعد سرقة، أما الجثة في حد ذاتها فهي غير مملوكة لأحد، إلا أن نبش القبر يشكل في ذاته جريمة خاصة هي انتهاك حرمة القيود (المادة ١٣/١٦٠ عقوبات).

(١) مسئولية الأطباء في قانون العقوبات، د / محمد فائق الجوهري، صـ٥٣٦.

(٢) المرجع السابق، صـ٥٣٧، عن حكم استئناف مصر ١٩٠٥/٧/٢١م.

(٣) طعن جنائي رقم ١٣١٥٧ لسنة ٧١ ق — جلسة ٢٠٠٢/١٢/٣.

(٤)القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ١٦٠.

المطلب الثالث

إباحة المساس بجثة المتوفى

ضوابط المساس بالجثث

يظهر جليًا مما سبق أن جثة الشخص لها حرمة كبيرة ولا يجوز المساس بها وإلا وقع الشخص تحت طائلة القانون وتعرض للعقوبة، ولكن في ظل التقدم الكبير في وسائل العلاج والطب الحديث أصبحت الجثة مصدرًا أساسيًا للحصول على الأعضاء البشرية لزرعها للمرضى الذين يحتاجون إليها[1].

كما أن غالبية الفقه الحديث يميل إلى الاعتراف بحرية الإنسان للتصرف في جثته، لأن الإنسان سيد جسده حتى فيما بعد الحياة، ومن حقه أن يرتب أوضاع ما بعد مماته حسب ما تمليه عليه رغباته ومصالحه أيضا[2]، فله أن يوصي بجثته لمعهد علمي، وبعيونه لبنك العيون، وبكبده، وبأي عضو آخر من أعضاء جثته لأغراض علاج عن طريق عمليات نقل الأعضاء بشرطين أساسيين :

أولهما: عدم الحصول على مقابل مادي؛ لأن ذلك يُعد أمراً منافياً للآداب العامة .

ثانيهما: الحصول على موافقة صاحب الشأن أو ذويه، فإذا مُست الجثة بدون الحصول على هذا الإذن يُعد هذا الفعل من قبيل خيانة الأمانة من جانب الطبيب أو المستشفى[3].

وبالتالي تقلص تدريجيًا مبدأ عدم المساس المطلق بالجثة مع الزمن لأن إنقاذ حياة شخص هي أكثر فائدة اجتماعيًا من عدم المساس بجثة ميت، حيث إن الاعتداء على

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١٥٩.

(٢) وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها في ٣٠ مارس ١٨٨٦م "أن من حق كل شخص أن يتصرف في جثته بنفس الطريقة التي يتصرف بها في ماله ولو أن الجثة لا تدخل في إطار التعامل".
كما قررت محكمة النقض البلجيكية في ٣ يوليو ١٨٨٩م "أن الإنسان سيد نفسه أثناء حياته وله أن يتصرف بحرية في جثته في الفترة التي تلي ما بعد الحياة".
مشار إليه في: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا ، صـ٦٨٧، ٦٨٨.

(٣) معصومية الجسد، د/ حمدي عبدالرحمن بحث منشور بمجلة العلوم القانونية الاقتصادية، إصدار كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، عدد خاص ، س٢٢، ١٩٨٠م صـ٨٥، ٨٦.

الجثة هو أقل أهمية من فقدان الشخص لحياته أو تلف صحته[1] فاستقطاع الأعضاء من الجثة لأغراض علاجية لدى الأحياء لا يتضمن إهانة للميت أو مساسًا بالكرامة الإنسانية لأن هذا العمل لا يتم بقصد تحقير الموتى ولكن المقصود منه منفعة الحي وهو أفضل.[2]

وبالتالي فإن التصرف في الجثة وذلك من أجل إنقاذ حياة شخص أو شفاء مريض هو غرض إنساني نبيل ويعتبر أمرًا مشروعًا ولا يخالف النظام العام أو الأخلاق العامة.[3] وذلك طالما أن هذا الأمر قد تم من أجل أغراض علمية أو علاجية.[4]

وقد حسم المشرع المصري هذا الأمر فمنذ صدور القانون رقم (٢٧٤) لسنة ١٩٥٩ وهو أول تشريع مصري ينظم مسألة الاحتفاظ بالعيون والاستفادة منها تبعه القانون (١٠٣) لسنة ١٩٦٢م والذي أجاز فيه المشرع صراحة إباحة المساس بجثة المتوفى، حيث قرر في المادة الثانية من هذا القانون جواز الحصول على عيون الموتى وقتلى الحوادث الذين يتم تشريح جثثهم، وذلك من أجل إجراء عمليات ترقيع قرنيات العيون للأشخاص الذين يحتاجون إليها، لما في ذلك من مصلحة إنسانية مؤكدة.[5]

وفي ظل هذا النص التشريعي ذهب البعض إلى أنه يجب أن ينظر إلى مسألة إباحة استئصال العين لأغراض طبية على أنها تطبيق لقاعدة أمكن التوصل إليها عن طريق القواعد العامة، وبالتالي فإنه لا يجب أن يفهم أن المشروعية تتعلق فقط باستئصال العين، وإنما يجب أن تشمل المساس بالجثة أو بأي جزء آخر منها من أجل المصلحة الإنسانية[6].

فحينما يكون هناك هدف علاجي أو غرض مشروع من المساس بالجثة فإنه يمكن تبرير المساس بجثة المتوفي من أجل ذلك وبالتالي يمكن إجراء أي تصرف عليها، ولذا

---

(١) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ١٩٢، ١٩٣.

(٢) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ ١٣٧.

(٣) رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٤٧٣.

(٤) ينظر :

Doll (P.J.) : Le droit de disposer du cadaver a des fins théraputiques ou scientifiques, Rev. Sc. Crim, 1971, pp. 59 et ss.

مشار إليه في: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة، صـ١٦٠.

(٥) راجع تفصيل هذه القوانين، الفصل الأول من الباب الأول من الرسالة، صـ٤٠ وما بعدها.

(٦) عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٤.

فإنه يجب إجراء الموازنة بين مبدأ احترام الجثة وبين مصلحة الغير الحي، ومتى انعدمت هذه الموازنة أضحى التصرف الذي يرد على الجثة غير مشروع[1].

وقد تبلور هذا الاتجاه أيضاً في القانون المقارن ، فصار للفرد مكنة التصرف في جسده بعد وفاته من خلال التعبير عن رغبته في استئصال بعض أعضاء أو أنسجة من جثته من أجل نقلها لشخص آخر على قيد الحياة أو الاعتراض التام على أي مساس بجثته[2].

وفي فرنسا صدر في ٧ يوليو ١٩٤٩م القانون الخاص بالتصرف في قرنية العيون والذي أجاز للشخص أن يوصي بقرنيتي عينيه، وبالتالي فإنه يمكن القول أن هذا القانون قد أجاز مبدأ استئصال جزء من جثة ميت لزرعه في جسم حي[3].

ثم وسع المنشور الوزاري المؤرخ في ٢٧ يناير ١٩٥٥م إمكانية تشريح الجثة واقتطاع الأعضاء منها على أثر حوادث السير باعتبارها المصدر الأفضل لاقتطاع الأعضاء[4].

إلى أن صدر القانون رقم (١١٨١) — ٧٦ في ديسمبر ١٩٧٦م، والمرسوم رقم (٥٠١ — ٧٨) في ٣١ مارس ١٩٧٨م والذي أصبح بموجبها استئصال الأعضاء مباحًا قانونًا في التشريع الفرنسي حيث نصت المادة الثانية من القانون رقم (١١٨١ — ٧٦) على "إمكانية اقتطاع الأعضاء لأهداف علاجية أو علمية من جثة شخص لم يظهر أثناء حياته رفضه لهذا الاقتطاع".

---

(١) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الدين الأهواني، صـ٦٦.

(٢) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، د/ محمد السيد الشوا ، صـ٦٨٨ .

(٣) عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٣٢.
وقد سبق هذا القانون مرسوم ٣١ كانون الأول ١٩٤١م، والذي أخضع شرعية تشريح الجثة لاحترام مهلة أربع وعشرين ساعة بعد التصريح عن الوفاة في البلدية وبعد الحصول على موافقة مسبقة من المحافظ أو من مدير الشرطة (المادة ٢٥ من المرسوم) ولكن المادة ٤٢ من مرسوم ١٧ أبريل ١٩٤٣م، منعت إجراء التشريح إذا كانت هناك معارضة من العائلة وبسبب ذلك توقف الاقتطاع إلى أن صدر مرسوم ٢٧ سبتمبر ١٩٤٧م الذي سمح للأطباء رؤساء بعض المؤسسات الطبية بإجراء التشريح واقتطاع الأعضاء رغم معارضة العائلة إذا قرر الأطباء "أن المصلحة العامة تفرض ذلك" (J.O.٢٩ – ٣٠ Septembre, ١٩٤٧). وبعد أقل من شهر صدر منشور ٢٠ أكتوبر ١٩٤٧م (J.O.٢٣ Octobre ١٩٤٧) الذي عدل المادة ٢٧ من مرسوم ٣١ ديسمبر ١٩٤١م ونص على "مع ذلك إذا قدر الطبيب رئيس القسم في المؤسسات الصحية الموجودة ضمن القائمة الصادرة عن وزير الصحة العامة والسكان أنه يوجد فائدة علمية أو علاجية تفرض ذلك فيمكن إجراء التشريح والاقتطاع بدون أي مهلة وحتى في غياب موافقة العائلة.
راجع تفصيل ذلك: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ١٩٤، ١٩٥.

(٤) رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ ٤٦٥.

كما تبنى القانون الفرنسي الجديد رقم (٦٥٤ – ٩٤) الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤م نفس الموقف فيما يتعلق بقرينة الموافقة حيث إنه لم يعد ضروريًا الحصول على موافقة المتبرع لاقتطاع أعضائه فكل شخص لم يعارض ذلك يفترض أنه قد وافق على التبرع بها، كما أنه غض النظر عن رأي العائلة فيما يتعلق بالاقتطاع من جسم شخص ميت راشد باعتبار أن هدف القانون هو السماح بزيادة عدد الأعضاء المقتطعة واشتراط الحصول على موافقة العائلة سوف يؤدي إلى نتيجة عكسية وهي تعطيل اقتطاع الأعضاء كليًا وتقليص أعداد زرعها بدلاً من زيادتها[1].

كما أنه لا يقتصر جواز المساس بالجثة على الأغراض العلمية والعلاجية فقط بل يمكن أن يتم ذلك لتحقيق أغراض أخرى كالتشريح الجنائي وللتشريح الجنائي ارتباط وثيق بعلم الطب الشرعي؛ ذلك لأن الطب الشرعي من أهم العلوم وأخطرها في مجال الكشف عن الجريمة وبيان كيفية ارتكابها ، والإفصاح عن هوية مرتكبيها[2] والتشريح الجنائي من إحدى الآلات والوسائل المعينة على معرفة ذلك، ومن ثم كان للنيابة العامة الأمر به متى اقتضت الحالة الجنائية ذلك .

وبالنظر تبين أن التشريح الجنائي قد نصت عليه تعلميات النيابة العامة بشأن الطب الشرعي والنصوص الطبية[3] .

فقد تضمنت المادة (٤٢٩) منها على أنه : " يندب الأطباء الشرعيون في بعض الأعمال ومنها:

– تشريح جثث المتوفين في القضايا الجنائية ، وفي حالات الاشتباه في الوفاة ؛ لمعرفة سبب الوفاة ، وكيفية حدوثها ومدى علاقة الوفاة بالإصابات التي توجد بالجثة .

---

(١) ينظر: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ١٩٦، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٢٣، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٤٦٦.
إلا أنه ينبغي أن نلاحظ أن هذا كله إنما يكون بالنسبة للمتوفى الراشد البالغ أما القاصر فقد وضعت له المادة الثانية فقردة (٢) تحفظًا حيث نصت "مع ذلك إذا تعلق الأمر بجثة قاصر أو عدم أهلية فلا يمكن أن يتم الاقتطاع من أجل الزرع إلا بعد الحصول على موافقة ممثله الشرعي".
وبالتالي فإنه لا يمكن اقتطاع أعضاء القاصر أو عديم الأهلية إلا إذا وافقت العائلة أو الممثل الشرعي لها وهذا ما أكده Auburtin في تقديره المقدم إلى لجنة القوانين وثيقة مجلس الشيوخ رقم (١٥٢) لعام ١٩٧٦ – ١٩٧٧م، صـ٢ وما يليها.

(٢) الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية، معوض عبدالتواب ، سينوت حليم دوس ط/ منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧م، صـ٣ .

(٣) الطب الشرعي والتحقيق الجنائي ، معوض عبدالتواب، صـ٨١، ٨٤–٨٦ .

- استخراج جثث المتوفين المشتبه في وفاتهم وتشريحها " .

فقد أفادت هذه المادة ثلاثة أمور:

الأول : جواز تشريح جثث الموتى في القضايا الجنائية وكذا في حالات الاشتباه في الوفاة وذلك لمعرفة سبب الوفاة وكيفية حدوثها .. إلخ .

الثاني: استخراج جثث المتوفين – بعد الدفن – المشتبه في وفاتهم وإجراء تشريحها لمعرفة سبب الوفاة ... إلخ .

الثالث : أن الذين يقومون بالتشريح هم الأطباء الشرعيون بناء على انتدابهم من قِبل النيابة العامة .

شروط إجراء التشريح الجنائي :

يشترط لجواز إجراء التشريح الجنائي ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون ذلك بإذن من النيابة العامة : حيث نصت المادة (٤٤٢) من تعليمات النيابة العامة بشأن الطب الشرعي والنصوص الطبية على أنه : " لا يجوز تشريح جثث الأشخاص المشتبه في وفاتهم ولا التصريح بدفنهم إلا إذا أذنت النيابة المختصة بذلك ".

فهذه المادة قد أفادت توقف إجراء التشريح للجثث المشتبه فيها وكذا دفنها على إذن النيابة .

ثانيها : عدم اللجوء إلى إجراء هذا التشريح ما لم يكن هناك مناص منه :

حيث نصت المادة (٤٤٥) من تلك التعليمات على أن : " تشريح الجثث – إذا لم يكن في الأمر شبهة جنائية – أمر يتأذى له الشعور العام وخاصة أهل المتوفى، فضلاً عن إرهاق الأطباء الشرعيين بالعمل دون مبرر، فيجب على أعضاء النيابة ألا يأمروا بالتشريح إلا حيث لا يكون هناك مناص من إجرائه ، مع مراعاة تقدير ظروف كل حالة على حدة وبعد الإطلاع على ما تم فيها من تحقيقات أو استدلالات".

ثالثها : أن يتم دفن الجثة بعد تشريحها في أقرب وقت ممكن :

حيث نصت المادة (٤٤٦) من تلك التعليمات أيضا على أنه : " على أعضاء النيابة أن يأذنوا بدفن الجثث في أقرب وقت مستطاع حتى لا يتأخر دفنها بغير مبرر،

ويجب عليهم حين يندبون الطبيب الشرعي لتشريح جثث المتوفين أن يشفعوا أمر الندب بتصريح بالدفن بعد إتمام التشريح، ما لم يكن هناك ما يدعو لخلاف ذلك ، حتى لا يتأخر الدفن ... " .

الحالات التي يؤمر فيها بالتشريح الجنائي :

ذكرت المادة (٤٤٤) من تعليمات النيابة العامة – المشار إليها سابقاً – بعض الحالات التي يلزم فيها الأمر بالتشريح الجنائي، حيث نصت على أنه : " يؤمر بالتشريح في الحالات الآتية:

أ – حالات المتوفين في حادث جنائي سواء كانت الجريمة عمدية أو غير عمدية ، إلا إذا أمكن في هذه الحالة الأخيرة القطع بسبب الوفاة من مجرد الكشف الظاهري .

ب– الحالات التي يعثر فيها على جثث طافية في الماء سواء كانت مجهولة الشخصية أو معروفة، إلا إذا دل التحقيق على عدم وجود شبهة جنائية في الوفاة، وأيدّ الكشف الظاهري ذلك.

ج– حالات المتوفين حرقاً، إلا إذا ثبت من التحقيق أن الحادث كان انتحاراً أو قضاءاً وقدراً، ولم يدل الكشف على الجثة ظاهرياً على وجود شبهة جنائية في الوفاة .

د – جميع الحالات التي يظهر فيها من التحقيق أو من الكشف على الجثة ظاهرياً وجود شبهة جنائية في الوفاة ، وكذلك كل حالة ترى النيابة العامة من ظروفها ضرورة تشريح الجثة لمعرفة سبب الوفاة، أو لبيان أي أمر آخر حتى ولو قدّر الطبيب الكشاف عدم لزوم التشريح".

المبحث الثاني
مدى مشروعية المساس بجثة المتوفى
في الفقه الإسلامي

إن مشروعية المساس بجثة المتوفى في الفقه الإسلامي ترتبط ارتباطا وثيقاً بالباعث على هذا المساس، لأن جسد المتوفى في الفقه الإسلامي له حرمة ويجب صيانته، ومن ثم فلا يجوز المساس به إلا إذا كانت هناك مصلحة أعظم من الاعتداء على حرمته، ولكي يتسنى لنا الوقوف على مشروعية المساس بجثة المتوفى في الفقه الإسلامي فإنه ينبغي أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول : حرمة الجثة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : مقتضيات المساس بالجثة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: تطبيقات المساس بالجثة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

حرمة الجثة في الفقه الإسلامي

تطلق الجثة على جسد الشخص، فهي مرادفة للفظ الجسد، إلا أن أكثر استعمالها في الموتى، وجمعها جثث[1].

وبالنظر في قواعد الفقه الإسلامي نجد أنها استقرت على مبدأ حرمة المساس بجثة المتوفى، ووجوب تكريمها، وعدم إهانتها، والتعامل معها باحترام وأدب، على أساس احترام القيم الدينية والأخلاقية والمعنوية، وهذا قبل القوانين الوضعية الحديثة بعدة قرون، فإذا كان جسم الإنسان له حرمة حال حياته، فإن له أيضاً حرمة بعد مماته، لأن الآدمي محترم حياً وميتاً في الفقه الإسلامي[2].

وتتجلى حرمة جسد المتوفى أو حرمة الجثة من خلال عدة أمور أقرتها الشريعة الإسلامية:

أولاً: عدم جواز المساس بالجثة وتحريم التمثيل بها.

فالأصل شرعاً، أن للميت حرمة كحرمته حياً، مما يقتضي عدم المساس بحرمة جثته أو التمثيل بها، مراعاة للأحكام الشرعية التي تحرم هذا المساس ولمشاعر الأحياء من أقاربه وذويه، فلا يتعدى عليه بشق أو كسر أو غير ذلك، ويلزم من ينتهك حرمة الميت بضمان حق أسرته في حرمته[3]، وقال بعض الفقهاء بوجوب القصاص على من جرح ميتاً أو كسر عظمه، أو قام باستئصال عضو من جثته دون مسوغ شرعي، وذلك لعدم تعلق أحكام القصاص بالحي فقط[4].

---

(١) ينظر مختار الصحاح للرازي صـ٩٣ ، ١٠٤.

(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين ، صـ٢٤، ونفس المعنى: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، د/ محمد علي البار صـ ١٦٢، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/بلحاج العربي بن أحمد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٤٢، السنة ١١، صـ٧٥.

(٣) العز بن عبدالسلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج١، ص١٤٠ و١٤١.

(٤) المغني لابن قدامة ، جـ٢٧، صـ٦٧٣، المحلى لابن حزم ، جـ١١، صـ٣٩ و٤٠.

وقد ورد في هذا الشأن، حديث السيدة عَائِشَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "كَسْرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِهِ حَيًّا"(١) قال ابن حجر تعليقا على هذا الحديث : " ويستفاد منه أن حرمة المؤمن بعد موته باقية كما كانت في حياته" (٢)، وقال ابن عبد البر : " يستفاد منه - أي الحديث السابق - أن الميت يتألم بجميع ما يتألم به الحي" (٣) فهذا يدل دلالة واضحة على تحريم كسر عظام الميت، وعلى حظر إتلافه أو إحراقه، وضرورة تكريمه وعدم إهانته (٤) حياً وميتاً(٥) الأمر الذي اقتضى شرعاً حرمة نبش القبور، وهشم عظام الموتى إلا لضرورة شرعية أو لمصلحة راجحة، لما روي عن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت: "سَارِقُ أَمْوَاتِنَا كَسَارِقِ أَحْيَائِنَا" (٦)، ولما روى أيضاً عن الإمام مالك -رحمه الله- قال: " لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُخْتَفِيَ وَالْمُخْتَفِيَةَ يَعْنِي نَبَّاشَ الْقُبُورِ" (٧)، وهو ما يستفاد منه أن حرمة المؤمن باقية كما كانت في حياته، ولذلك كان بعض السلف يتحرج من أن يحفر له في مقبرة يكثر الدفن فيها (٨).

---

(١) أخرجه الحافظ أبو داود في سننه كتاب: الجنائز ، باب: في الحفّار يجد العظم ... جـ٣صـ٢١٢، ٢١٣، وابن ماجه في سننه، كتاب: الجنائز ، باب: في النهي عن كسر عظم الميت جـ١صـ٥١٦، وابن حبان البستي في صحيحه الإحسان، جـ٧صـ٤٣٧، ط / مؤسسة الرسالة ، بيروت، ١٤١٤هـ ، ط / ثانية، تحقيق / شعيب الأرنؤوط ، والسنن الكبرى، للإمام المحدث الحافظ الجليل أبي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفي سنة ٤٥٨هـ ، ط.دار الفكر، جـ٤ ،صـ٥٨ ، برقم ٦٨٧١، ومسند الإمام أحمد، كتاب: باقي مسند الأنصار، باب حديث السيدة عائشة رضي الله عنها، رقم ٢٣١٧٢ جـ٦ ،صـ١٠٥ برقم ٢٤٧٨٣ ، وشرح سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ١١٦ ،برقم ١٦١٦، وقواه النووي في المجموع وقال سنده حسن، جـ٥، صـ٣٠٠، وصححه الألباني في: أحكام الجنائز، جـ١، صـ٢٣٣، المكتب الإسلامي بيروت الطبعة الرابعة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م، وفي : إرواء الغليل ، جـ٣ صـ ٢١٢، ٢١٤.

(٢) فتح الباري ، جـ٩ ، صـ١١٣.

(٣) شرح سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ١١٦ .

(٤) كشاف القناع للشيخ البهوتي. ، تعليق الشيخ هلال، جـ٢، صـ١٤٣.

(٥) شرح فتح القدير، لابن الهمام جـ٢صـ١٠٢، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، د/ أحمد شرف الدين صـ١٠.

(٦) ينظر: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، للزيلعي، جـ٣، صـ٣٧٦.

(٧) الموطأ، للإمام مالك ، باب ما جاء في الاختفاء، جـ٢ صـ٢٢٦، والسنن الكبرى، للبيهقي، جـ٨ ، صـ٢٧٠.

(٨) أحكام الجنائز للشيخ محمد ناصرالدين الألباني، جـ١، صـ٢٣٥ و٢٣٦.

كما منع الرسول ﷺ كسر عظم الميت فيما روي عَنْ جَابِرٍ رضي الله عنه قال: " خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي جِنَازَةٍ فَجَلَسَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى شَفِيرِ الْقَبْرِ وَجَلَسْنَا مَعَهُ , فَأَخْرَجَ الْحَفَّارُ عَظْمًا سَاقًا أَوْ عَضُدًا فَذَهَبَ لِيَكْسِرَهُ , فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : "لَا تَكْسِرْهَا فَإِنَّ كَسْرَكَ إِيَّاهُ مَيِّتًا كَكَسْرِكَ إِيَّاهُ حَيًّا وَلَكِنْ دُسَّهُ فِي جَانِبِ الْقَبْرِ"[1].

كما روي أن النبي ﷺ " كانَ يَنْهَى عَنْ الْمُثْلَةِ "[2]، أي عن التمثيل بجثة أي ميت أو قتيل، حتى أن الفقهاء جعلوا إزالة شعور الوجه من قبيل الْمُثْلَةِ جاء في حواشي الشرواني" ... وإنما لم يتعد لشعر الوجه لما في إزالتها من المثلة"[3].

ولذا فإنه يجب عدم المساس بالمتوفى أو التمثيل به، وهو ما نصت عليه أيضاً الفتاوى[4] التي ذهبت إلى وجوب تكريم جثة المتوفى وعدم إهانتها أو الاعتداء عليها.

ثانياً: تكريم الميت بغسله وتكفينه ودفنه[5]:

فمن مظاهر تكريم الإنسان ميتاً في الإسلام: ما شرع من التغسيل والتكفين والدفن، لقوله تعالى: "ثُمَّ أَمَاتَهُۥ فَأَقْبَرَهُۥ ﴿٢١﴾" (عبس، الآية ٢١) فقد علَّم المولى سبحانه وتعالى الإنسان مواراة الجثة ودفنها في الأرض، فقد ورد في قصة ابني أدم – عليه السلام– قوله تعالى : "فَبَعَثَ ٱللَّهُ غُرَابًا يَبْحَثُ فِي ٱلْأَرْضِ لِيُرِيَهُۥ كَيْفَ يُوَٰرِي سَوْءَةَ أَخِيهِ ۚ قَالَ

(١) الحديث أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجة والبيهقي في السنن الكبرى عن عائشة رضي الله عنها، وسبق تخريجه، صـ٣٤٥.

(٢) صحيح البخاري ، كتاب المغازي ، باب قصة عكل وعرينة، جـ٤ ،صـ١٥٣٥ عن قتادة ، قَالَ: " بَلَغَنَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانَ يَحُثُّ عَلَى الصَّدَقَةِ وَيَنْهَى عَنْ الْمُثْلَةِ" وعن ابن حبان ، جـ١٠ ،صـ٣٢٤ برقم ٤٤٧٣ ، والمستدرك على الصحيحين ، جـ٤ ،صـ٣٤٠ ، برقم ٧٨٤٣ ، وسنن الترمذي ، كتاب الديات ، باب ما جاء في النهي عن المثلة، جـ٤ ،صـ٢٢ ، برقم ١٤٠٨ ، قال أبو عيسى : " حديث حسن صحيح "، وسنن الدارمي، جـ١ ،صـ٤٧٨ ،برقم ١٦٥٦ ، ومجمع الزوائد ، جـ٤ ،صـ١٨٩ ، والسنن الكبرى، للبيهقي ، جـ٦ ،صـ٣٢٤ ، برقم ١٢٦٣٩.

(٣) حواشي الشرواني ، جـ٢ ،صـ٤٦٨ .

(٤) ومنها: الفتوى المشهورة رقم ٦٣٩ الصادرة عن دار الإفتاء المصرية بتاريخ٣١/١٠/١٩٣٧م، الفتاوى الإسلامية. المجلد ٤، ص١٣٣١ وكان المفتي فضيلة الشيخ عبدالمجيد سليم، والفتوى رقم ١٠٦٩ دار الإفتاء المصرية، الفتاوى الإسلامية، المجلد ٧، ص٢٥٠٥. وكان المفتي فضيلة الشيخ محمد خاطر، والفتوى رقم ١٠٨٧ دار الإفتاء المصرية، الفتاوى الإسلامية، المجلد ٧، ص٢٥٥٢، وكان المفتي فضيلة الشيخ حسن مأمون، وكذا الفتوى رقم ٤٧ الصادرة عن هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية مؤرخة في ٢٠/٨/١٣٩٦هـ .

(٥) الدفن لغة: بمعنى الموارة، يقال دفن الميت: واراه ، ودفن سره أي كتمه، (لسان العرب، مختار الصحاح، مادة دفن) واصطلاحاً، مواراة الميت في التراب، حاشية الدسوقي، جـ١ صـ٤٠٧ .

تعالى : "فَبَعَثَ ٱللَّهُ غُرَابًا يَبْحَثُ فِي ٱلْأَرْضِ لِيُرِيَهُۥ كَيْفَ يُوَارِي سَوْءَةَ أَخِيهِ ۚ قَالَ يَـٰوَيْلَتَىٰٓ أَعَجَزْتُ أَنْ أَكُونَ مِثْلَ هَـٰذَا ٱلْغُرَابِ فَأُوَارِيَ سَوْءَةَ أَخِي ۖ فَأَصْبَحَ مِنَ ٱلنَّـٰدِمِينَ ﴿٣١﴾ "(المائدة ٣١).

وعليه يجب أن يُغسل الميت وتتم الصلاة عليه ثم يوضع في قبره ولا يخرج منه بعد أن يوارى في التراب للنهي الوارد عن نبشه إلا أن تكون الأرض مغصوبة فيخرج لحق صاحبها أن شاء أو أن شاء سواه مع الأرض وانتفع به[1].

كما يجب عدم سب الأموات وشتمهم، ولو كانوا كفاراً، لقوله عليه الصلاة والسلام: " لَا تَسُبُّوا الْأَمْوَاتَ فَتُؤْذُوا الْأَحْيَاءَ "[2]، وكذلك حق الأولياء في الدفاع عن جثة الميت، فلهم دفع من أراد الاعتداء على جثتهم بالقطع أو الإتلاف[3].

ثالثاً : حرمة قبر الميت وعدم جواز التعدي عليه

حرم الإسلام التعدي على الميت في قبره بالوطء والإهانة[4]، فقد نهى رسول الله ﷺ أن توطأ القبور[5]، فعن عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ قَالَ: رَآنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُتَّكِئًا عَلَى قَبْرٍ فَقَالَ ﷺ :

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ، جـ١ صـ٢١٦.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه كتاب: البر والصلة ، باب: ما جاء في الشتم رقم ١٩٠٥، قَالَ أَبُو عِيسَى: "وَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُ سُفْيَانَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ فَرَوَى بَعْضُهُمْ مِثْلَ رِوَايَةِ الْحَفَرِيِّ وَرَوَى بَعْضُهُمْ عَنْ سُفْيَانَ عَنْ زِيَادِ بْنِ عِلَاقَةَ قَالَ سَمِعْتُ رَجُلًا يُحَدِّثُ عِنْدَ الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَحْوَهُ" وفي البخاري " لَا تَسُبُّوا الْأَمْوَاتَ فَإِنَّهُمْ قَدْ أَفْضَوْا إِلَى مَا قَدَّمُوا " صحيح البخاري ، كتاب الجنائز ، باب ما ينهى عن سب الأموات، رقم ١٣٠٦، جـ٣، صـ٩٨٧، وكتاب الرقاق، باب سكرات الموت رقم ٦٠٣٥.

(٣) كشاف القناع، للبهوتي، جـ٢، صـ١٤٣.

(٤) وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في حكم الجلوس على القبر على رأيين:

الرأي الأول: جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة قالوا: بكراهة الجلوس على القبر، ينظر: شرح العناية على الهداية، جـ٢، صـ١٤١، الأم، للشافعي، جـ١، صـ٢٧٧، روضة الطالبين، للنووي، جـ٢، صـ١٣٩، حاشية قليوبي وعميرة، جـ١، صـ٣٤١.

الرأي الثاني: للمالكية قالوا بجواز الجلوس على القبر، ينظر: تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك، للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ جـ١، صـ٢٣٢، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية بيروت ، والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من كراهة الجلوس على القبر.

(٥) أخرج الترمذي في سننه، عن جابر قال: "نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُجَصَّصَ الْقُبُورُ وَأَنْ يُكْتَبَ عَلَيْهَا وَأَنْ يُبْنَى عَلَيْهَا وَأَنْ تُوطَأَ" ، كتاب، الجنائز، باب: ما جاء في كراهية تجصيص القبور والكتابة عليها حديث رقم ٩٧٢، جـ٣ ، صـ٣٥٩، قَالَ أَبُو عِيسَى: "هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ" .

"لَا تُؤْذِ صَاحِبَ هَذَا الْقَبْرِ أَوْ لَا تُؤْذِهِ"[1]، وكذا يحرم شرعاً الجلوس على القبور، لما روى عن أبي هُرَيْرَةَ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ "لَأَنْ يَجْلِسَ أَحَدُكُمْ عَلَى جَمْرَةٍ فَتُحْرِقَ ثِيَابَهُ فَتَخْلُصَ إِلَى جِلْدِهِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَجْلِسَ عَلَى قَبْرٍ"[2]، كما روي عنه ﷺ قال: " لَا تَجْلِسُوا عَلَى الْقُبُورِ وَلَا تُصَلُّوا إِلَيْهَا"[3].

ولهذا الحق أيضاً منع الشرع الجلوس على القبور للتغوط والتبول[4]، لأن في ذلك انتهاكاً لحرمة القبور، وقد صور النبي ﷺ من يجلس على قبر بأنه يجلس على جمر من نار، وهذا الوعيد لا يكون إلا على فعل محرم[5].

فإذا كان يحرم أن يتعدى على تراب القبر، لأن ذلك يؤذي صاحب القبر، فإن تحريم بدنه من باب أولى، لما ورد عنه ﷺ أنه قال: " أَذَى الْمُؤْمِنِ فِي مَوْته كَأَذَاهُ فِي

---

(١) مسند الأمام أحمد، كتاب مسند الأنصار رضي الله عنهم ، باب مسند عمرو بن حزم الأنصاري، رقم ٢٠٩٣١، جـ١٢، صـ١٧٦، وضعفه الألباني، ينظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي – بيروت الطبعة : الثانية – ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م، جـ٣، صـ٢٠٨.

(٢) صحيح مسلم ، كتاب: الجنائز، باب النهي عن الجلوس على القبر والصلاة عليه، رقم ١٦١٢، جـ٢ صـ٢١٨، وصحيح ابن حبان ، جـ٧ ،صـ٤٣٦ ، برقم ٣١٦٦ ، السنن الصغرى للنسائي ، كتاب الجنائز، جـ١، صـ٣٦٦ ، برقم ٦٢٦ ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، جـ٢ ،صـ٨٣، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٤، صـ٧٩، برقم ٧٠٠٦ ، سنن أبي داود ، كتاب الجنائز، جـ٣ ،صـ٢١٧، برقم ٣٢٢٨ ، سنن ابن ماجة، جـ١ ،صـ٤٩٩ ، برقم ١٥٦٦ ، مسند الإمام أحمد ، جـ٢ ،صـ٣١١.

(٣) صحيح مسلم ، كتاب: الجنائز، باب النهي عن الجلوس على القبر والصلاة عليه، رقم ١٦١٣، جـ٢ صـ٢١٧، وسنن الترمذي ، كتاب الجنائز ، باب: ما جاء في كراهية المش على القبر والجلوس عليه، رقم ٩٧١، جـ٣، صـ٣٦٧، وسنن النسائي، كتاب: القبلة، باب: النهي عن الصلاة على القبر، رقم ٧٥٢، جـ٢ ،صـ٢١٧، وسنن أبي داود ، كتاب: الجنائز، باب: في كراهية القعود على القبر، رقم ٢٨١٠، جـ٣ ،صـ٢١٧.

(٤) اتفق الفقهاء رحمهم الله على حرمة التخلي (قضاء الحاجة) بين القبور، ينظر: حاشية ابن عابدين، جـ١ ، صـ٦٠٦، وحاشية الدسوقي، جـ١ـ صـ٤٢٨، وروضة الطالبين، جـ٢، صـ١٣٩، وحاشية قليوبي وعميرة، جـ١ـ صـ٣٤١، وكشاف القناع للبهوتي، جـ٢، صـ١٤٠، والأصل في ذلك خبر عقبة بن عامر –رضي الله عنه– قال، قال: رسول الله ﷺ " لَأَنْ أَمْشِيَ عَلَى جَمْرَةٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ أَخْصِفَ نَعْلِي بِرِجْلِي أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَمْشِيَ عَلَى قَبْرِ مُسْلِمٍ وَمَا أُبَالِي أَوَسْطَ الْقُبُورِ قَضَيْتُ حَاجَتِي أَوْ وَسْطَ السُّوقِ"، أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب: ما جاء في الجنائز، باب: ما جاء في النهي عن المشي على القبور،رقم ١٥٥٦، جـ١ صـ٤٩٩، وجود إسناده الألباني في: صحيح الترغيب والترهيب، جـ٣ـ صـ٢٢٠، مكتبة المعارف – الرياض، الطبعة : الخامسة.

(٥) الأحكام الفقهية لتجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري، دراسة مقارنة، د/ عبد الحليم محمد منصور علي ، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر (شريعة دمنهور ٢٠٠٢م) صـ٢٢٩.

حَيَاته "[1]، فلا يجوز التعدي على الميت أو على عضو من أعضائه، لقوله ﷺ: "الْمُسْلِمُ مَنْ سَلِمَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ لِسَانِهِ وَيَدِهِ"[2].

ومن أجل هذا التكريم، أمر الرسول ﷺ أن يوارى كل ميت[3]، ولو قتل قصاصاً أو قتل في صفوف الكفار، فلا يجوز شرعاً الاعتداء على جثة المتوفى، أو انتهاك حرمة القبور أو الجبانات أو تدنيسها.

ويؤكد هذا التكريم أيضاً، أن معظم الفقهاء نصوا على طهارة الإنسان حياً كان أم ميتاً، مؤمناً كان أم غير مؤمن، ولم يدخلوا لحمه في مفهوم الأطعمة وتقسيمها إلى حلال وحرام، أياً كانت سلالته ولونه ودينه وبيئته، كما اتفقوا على عدم جواز بيع الأعضاء الآدمية، لأنها مكرمة محترمة شرعاً، فلا يجوز أن تكون محلاً للحقوق المالية [4]، ومن

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود، للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط: دار الكتب العلمية بيروت الأولى ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م، أخرجه بن أبي شيبة، عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً، جـ٣ صـ٢٤ه وَقَالَ الْمُنْذِرِيُّ : وَالْحَدِيث أَخْرَجَهُ اِبْن مَاجَهْ.

(٢) صحيح البخاري ، كتابَ الإيمان، باب المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده، رقم ٩ ، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب تفاضل الإسلام وأي أموره أفضل، رقم ٥٧، وأحمد كتاب باقي مسند المكثرين رقم ١٤٤٦٥، وأبو داود، باب الجهاد ، رقم ٢١٢٢، والنسائي، كتاب الإيمان وشرائعه رقم ٤٩١٠، وقوله ﷺ : "اغْسِلُوهُ بِمَاءٍ وَسِدْرٍ وَكَفِّنُوهُ فِي ثَوْبَيْنِ وَلَا تُحَنِّطُوهُ وَلَا تُخَمِّرُوا رَأْسَهُ" (أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عباس كتابَ الجنائز باب الكفن في ثوبين رقم ١١٨٦، وباب كيف يكفن المحرم، كما أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الحج باب ما يفعل بالمحرم إذا مات رقم ٢٠٩٣)، وقوله ﷺ : "وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ" (أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم والغصب، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه رقم ٢٢٦٢، كما أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم رقم ٤٦٧٧).

(٣) قال رسول الله ﷺ : "احْفِرُوا وَأَوْسِعُوا وَأَحْسِنُوا" ، أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب: ما جاء في الجنائز، باب: ما جاء في حفر القبر، رقم ١٥٤٩، والإمام أحمد في مسنده، كتاب: أول مسند المدنيين، باب: حديث هشام بن عامر الأنصاري، رقم ١٥٦٦٧، جـ٤، صـ١٩١، والنسائي في سننه، كتاب: الجنائز، باب: ما يستحب من توسيع القبر، رقم ١٩٨٤، جـ١، صـ٢٨٣، والترمذي في سننه ، كتاب: الجهاد، باب: ما جاء في دفن الشهداء، رقم ١٦٣٥، قَالَ أَبُو عِيسَى: "وَفِي الْبَاب عَنْ خَبَّابٍ وَجَابِرٍ وَأَنَس وَهَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ"، وأجمع الفقهاء على وجوب مواراة الميت المسلم صغيراً أو كبيراً مكلفاً أو غير مكلف حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى، ينظر: الإجماع، للإمام أبي بكر محمد إبراهيم ابن المنذر، المتوفى سنة ٣١٨هـ ، طبع دار الكتب العلمية بيروت، صـ٤٢ مسألة رقم ٥٨، وبداية المجتهد ، جـ١، صـ١٧٧، والمحلى، جـ٣، صـ٣٣٧، وشرح فتح القدير، جـ٢، صـ٧٦، وحاشية ابن عابدين، جـ١، صـ٧٦، وروضة الطالبين، جـ١ ، صـ٣٧٧، والمغني ، جـ٢، صـ٥٤٠، وكشاف القناع، جـ٢، صـ١٢٤..

(٤) بيع الأعضاء الآدمية، د/ محمد نعيم ياسين، صـ٢٤ه.

ثم، فإن جثة المتوفى، بوصفها قيمة معنوية، فإنها تخرج شرعاً عن دائرة المعاملات المالية [1].

رابعاً: عدم تقييد حرمة الجثة بالسن أو المكانة.

ولا اعتبار في الإسلام للعمر في حرمة الجثة، ولا مكان للوظيفة الاجتماعية فيها، لأن الإسلام يكرم جثة الشاب اليافع، وجثة الشيخ الطاعن في السن، بل إنه يكرم حتى جثة الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح بكونه أصل الآدمي ومادته [2]، وقد بحث المجمع الفقهي الإسلامي حكم الوليد المصاب بفقد المخ (غير قابل لاستمرار الحياة)، في دورته السادسة التي انعقدت في جدة عام ١٩٩٠م، وأفتى بأنه لا يجوز استقطاع أي عضو من أعضائه إلا بعد وفاته (دماغياً أو بتوقف قلبه) وبالشروط الشرعية، والتي منها ضرورة موافقة أهله على ذلك [3].

وقد نصت العديد من الفتاوى على حرمة الميت وعدم جواز الاعتداء على جثته ووجوب تكريمه، الأمر الذي يجعل من مسألة تكريم الميت وحرمة المساس به من أساسيات الشريعة [4].

---

(١) الطب النبوي والعمل الحديث، د/ محمود ناظم النسيمي، صـ٤٣، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ، مؤسسة الرسالة بيروت.

(٢) استخدام الأجنة في البحث والعلاج، د/ حسان حتحوت، ، بحث مقدم لندوة زرع الأعضاء، الكويت، أكتوبر، ١٩٨٩م، صـ ٦ وما بعدها.

(٣) قرار رقم ٥٨/٧/٦، مؤرخ في مارس ١٩٩٠م. في دورته السادسة المنعقدة بجدة في المملكة العربية السعودية.

(٤) ومن هذه الفتاوى: الفتوى رقم ١٨٨ الصادرة من فضيلة مفتي الديار المصرية بتاريخ ١٣ محرم سنة ١٣٩٤هـ الموافق ٥ فبراير ١٩٧٤م ، والمسجلة بدار الإفتاء مصالح رقم : ١٠٥ والتي نصت: "…. إننا بحثنا هذا الموضوع ووجدنا أن الإنسان بعد موته يجب المحافظة عليه ودفنه وتكريمه وعدم ابتذاله فقد ورد عن رسول الله ﷺ النهي عن كسر عظم الميت لأنه ككسره حياً، ومعنى هذا الحديث أن للميت حرمة كحرمته حياً فلا يتعدى عليه بكسر أو شق أو غير ذلك ، وإخراج عين الميت كإخراج عين الحي يعتبر اعتداء عليه غير جائز شرعاً، إلا إذا دعت إليه ضرورة تكون المصلحة فيها أعظم من الضرر الذي يصيب الميت لأن قواعد الدين الإسلامي مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر".

ونفس المعنى في الفتوى رقم ١٧٣ بتاريخ ٣٠ ذو الحجة سنة ١٣٩٤هـ الموافق ٣ فبراير ١٩٧٣م ، سجل مصالح رقم ١٠٠ بدار الإفتاء بالقاهرة.

المطلب الثاني

مقتضيات المساس بالجثة في الفقه الإسلامي

رأينا فيما سبق كيف أن الفقه الإسلامي يُحرم المساس بجثة المتوفى، ويمنع الاعتداء عليها ولكن هناك أمور ومقتضيات تتطلب المساس بجثة المتوفى لتحقيق أغراض علمية، أو طبية، أو الكشف عن أسباب الوفاة لتحديد المسئولية الجنائية، ومن هنا تبرز الحاجة إلى تشريح الجثة، فالتشريح بأنواعه هو المسوغ المشروع للمساس بجسد المتوفى وهو ما يلزم معه التعرض لبيان مفهومه، وحالاته ، وحكمه، وشروط إباحته في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم التشريح في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: حالات التشريح في الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث: حكم التشريح في الفقه الإسلامي.

الفرع الرابع: الشروط الشرعية لإباحة التشريح.

الفرع الأول

مفهوم التشريح في الفقه الإسلامي

التشريح لغة له عدة معان منها:

- الكشف، والإبانة والتفسير تقول: شرحت الغامض إذا كشفته وفسرته، والمراد هو إظهار الشئ بعد خفائه[1].
- القطع: ومنه تشريح اللحم والقطعة منه شريحة [2]، وفي المعجم الوسيط: شرح اللحم شرحاً، قطعه قطعاً طوالاً رقاقاً، وتشريح الجثة فصل بعضها عن بعض للفحص العلمي[3]، وقيل ترقيقه حتى يشف من رقته[4].
- ومنها: التوسيع، يقال: شرح الله صدره للإسلام، فانشرح أي وسعه لقبول الحق[5].
- ومنها التحبيب، فيقال: شرح صدره بالأمر، وشرح صدره للأمر له، أي حبب إليه[6].

والمشرحة: منضدة تهيأ للتشريح وغرفة كبيرة تعد لتشريح الأجسام بعد موتها[7].

أما في الاصطلاح الشرعي، فإن المقصود بالتشريح الطبي هو: العلم الذي يبحث في تركيب الأجسام العضوية وتقطيعها علمياً وتشقيقها للفحص الطبي العلمي [8].

---

(١) تهذيب الصحاح، لمحمد بن أحمد الزنجاني الشافعي المتوفى سنة ٦٥٦هـ، جـ١، صـ١٨١، طبعة دار المعارف بمصر..

(٢) لسان العرب، لابن منظور، جـ٢، صـ٤٩٧، والمصباح المنير، للفيومي، صـ٣٠٩.

(٣) ينظر المعجم الوسيط، جـ١، صـ٤٧٧، طبعة دار المعارف المصرية، ونفس المعنى: مختار الصحاح، للرازي، صـ٣٣٣، مادة شرح، طبعة دار الحكمة دمشق ١٩٨٣م، والقاموس المحيط، للفيروزآبادي، جـ١ صـ٢٢٩، طبعة مؤسسة الرسالة بيروت، ط الثانية ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.

(٤) تهذيب الصحاح، للزنجاني، جـ١، صـ١٨١.

(٥) المصباح المنير، للفيومي، صـ٣٠٨.

(٦) القاموس المحيط، للفيروزبآدي، صـ٢٨٩.

(٧) مختار الصحاح، للرازي، صـ٣٣٣، مادة شرح.

(٨) علم التشريح عند المسلمين، د/ محمد علي البار، صـ٧، ط الدار السعودية ١٩٨٩م، وتشريح جثة المسلم اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، مجلة البحوث الإسلامية، المجلد الأول، العدد الرابع، صـ١٤٠٧ وما يليها، والوجيز في الطب الإسلامي، د/ هشام الخطيب، صـ١٩٢، ط دار الأرقم سنة ١٤٠٥هـ، ونقل الأعضاء بين الطب والدين، د / مصطفى محمد الذهبي صـ١١، والمسائل الطبية المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها، د/ علي داود الجفال، صـ٢١، رسالة دكتوراه.

وقيل هو : علم تعرف به أعضاء الإنسان بأعيانها وأشكالها وأقدارها وأعدادها وأصنافها وأوضاعها ومنافعها[1].

وتشريح جثث الموتى ليس بالشئ الحديث وإنما هو معروف منذ نشأة الإنسان[2] وقد عرفه الأطباء المسلمون الفطاحل والأفذاذ: كأبي بكر الرازي[3]، وابن سينا[4]، وابن النفيس[5]، والزهراوي[6]، وغيرهم، فقاموا بتشريح الجثث لمعرفة الأعضاء والعظام والأسقام وكانوا يتمتعون بقدر كبير من المعرفة والدراية عن العلوم التشريحية[7]، وتفصيلهم في ذلك تفصيلا دقيقا.

---

(١) كشاف اصطلاحات الفنون، لمحمد علي التهانوي، جـ١ ، صـ٤٤٥، طبعة مكتبة لبنان – بيروت ط الأولى ١٩٩٦م.

(٢) عرفته البشرية منذ أقدم العصور: فقد عرفه الفراعنة في مصر القديمة الذين قاموا بتشريح موتاهم وإخراج الأمعاء من الجثة لوضع المواد الحافظة(وبذلك استطاعت المومياء الفرعونية أن تبقى أكثر من خمسة آلاف عام)، وفي ذلك يقول ابن النديم: "قال قوم: إن أهل مصر استخرجوا الطب"، الفهرست، لأبي الفرج محمد أبي يعقوب إسحاق المعروف بالنديم، المتوفى سنة ٣٨٠هـ ، ط دار الكتب العلمية بيروت، الأولى سنة ١٩٩٦م، صـ٤٥٣، وعرفه اليونانيون ، وكان أبو قراط وجالينوس يمارسان التشريح لمعرفة الجسم وتشخيص الأمراض، كما عرف الصينيون القدامى التشريح، حيث قامت امرأة تدعى(تشانغ سي) بتشريح جثة رجل، وتمكنت من معرفة سبب الوفاة، وقد حدث هذا منذ حوالي ١٤٠٠عام، ينظر: جريدة الوفد (المصرية)، الصادرة يوم ١٩٨٨/١/٢٤م، صـ٥ ، وراجع : الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/بلحاج العربي بن أحمد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٤٢، السنة ١١، صـ٧٩.

(٣) هو: محمد بن زكريا الرازي، أبو بكر: (٢٥١ – ٣١٣ هـ = ٨٦٥ – ٩٢٥ م) فيلسوف، من الأئمة في صناعة الطب.من أهل الري، ولد وتعلم بها، وسافر إلى بغداد بعد سن الثلاثين، واشتغل بالكيمياء، ثم عكف على الطب والفلسفة في كبره، فنبغ واشتهر، وتولى تدبير مارستان الري، ثم رياسة أطباء البيمارستان المقتدري في بغداد، له تصانيف، سمى ابن أبي أصيبعة منها ٢٣٢ كتابا ورسالة.
منها (الحاوي) في صناعة الطب، وهو أجل كتبه، ترجم إلى اللاتينية وطبع فيها، و(الطب المنصوري)، و(الفصول في الطب) ويسمى (المرشد) و(الجدري والحصبة) و(مقالة في الحصى والكلى والمثانة) و(المدخل إلى الطب) و(تلخيص كتاب جالينوس في حيلة البرء) و(منافع الأغذية ودفع مضارها) راجع: الأعلام، للزركلي ، جـ٨، صـ١٣٠، ووفيات الأعيان، لابن خلكان، ط دار صادر بيروت ١٩٩٤م، جـ٥، صـ١٥٧، والفهرست لابن النديم، صـ٤٦٩.

(٤) هو الحسين بن عبدالله بن الحسن بن علي بن سيناء البلخي ثم البخاري، (٣٧٠ – ٤٢٨ هـ = ٩٨٠ – ١٠٣٧ م) ولد بخرميش من قرى بخاري في صفر عام ٣٧٠هـ، كان شاعرا مشاركا في علوم عديدة وبرز في الطب واشتهر به، ومن مؤلفاته: القانون في الطب، والموجز الكبير في المنطق ، ينظر: معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٤ صـ٢٠ ، والأعلام للزركلي، جـ٢، صـ٢٤٢.

(٥) هو: العلامة علاء الدين علي ابن أبي الحرم القرشي الدمشقي الشافعي شيخ الطب بالديار المصرية، مكتشف الدورة الدموية الصغرى، وهو من انتهت إليه معرفة الطب، والمشار إليه بالفقه والأصول والحديث، والعربية، ألف في الطب كتاب " الشامل "، وصنف شرحا على التنبيه ولم يكن على وجه الأرض في الطب مثله، توفي في الحادي والعشرين من ذي القعدة سنة ستمائة وسبع وثمانين هجرية (٦٨٧هـ) وقد قارب الثمانين ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن أحمد الدمشقي، جـ٣، صـ٤٠١-٤٠٢ – دار الكتب العلمية بيروت، وطبقات الشافعية، لأبي بكر بن أحمد بن قاضي شهبه، جـ٢، صـ١٨٦-١٨٧-١٨٨ –ط/ عالم الكتب العلمية بيروت – ط الأولى، ١٤٠٧هـ – تحقيق: الحافظ عبد العليم خان.

(٦) هو: أبو القاسم خلف بن عباس الزهراوي، أحد أعلام الجراحة الطبية المبرزين، الذين كانت لهم الخبرة الواسعة في معلوماتها وتطبيقاتها، قال عنه الحميدي في الجذوة : "من أهل الفضل والدين والعلم، وعلمه الذي بسق فيه علم الطب، وله فيه كتاب مشهور كثير الفائدة محذوف الفضول سماه كتاب التصريف لمن عجز عن التأليف .... مات بالأندلس بعد الأربعمائة" ينظر : جذوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس، للإمام أبي عبدالله محمد بن فتوح بن عبدالله الأزدي، صـ٢٠٨ ،٢٠٩، ط. الدار المصرية للتأليف والترجمة سنة ١٩٦٦م.

(٧) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ،د/ عبدالعزيز خليفة القصار، صـ٢٦٢، بحث منشور بمجلة الحقوق بالكويت السنة الثانية والعشرون ، العدد الرابع ، ديسمبر ١٩٩٨م.

الفرع الثاني

حالات التشريح في الفقه الإسلامي

للتشريح – حالياً– حالات وأغراض ثلاثة:

الأولى التشريح المرضي أو الطبي: وهو تشريح جسم الإنسان لمعرفة مرضه للتدخل الجراحي، فهو تشريح علاجي للبحث عن العلة والداء، كما لو كان هناك مرض معين يخشى على الأمة انتشار الوباء بسببه[1]، فيشرع التشريح للوقوف على الداء، وموضع العلة في الجسم، وللحد من انتشار الوباء الذي قد يهدد سلامة وأمن المجتمع بأسره[2]، والبحث عن العلاج النافع بالقدر المستطاع[3]، ومنه أيضاً، التشريح المرضي الذي يقوم به الطبيب المختص ليعرف المرض الوبائي الذي كان يعالجه ولم ينجح العلاج، وبدون هذا التشريح الطبي المرضي لا يمكن أن يتقدم الطب[4].

الثانية التشريح الجنائي: وهو تشريح جسم الإنسان بسبب الاعتداء عليه، والذي يعني بهذا النوع من التشريح هو "الطب الشرعي"[5] والمقصد الأساسي من هذا التشريح: هو الوقوف على أسباب الوفاة لكشف ملابسات واقعة معينة، حتى يتبين الحق والعدل فيها[6] فتفتح الجثة ويتم تشريحها لمعرفة الأسباب الحقيقية للوفاة، سواء كانت الوفاة بعنف أو بغير عنف، وخاصة إذا كان سبب الوفاة مجهولاً ومشتبهاً فيه،

---

(١) تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام فى التعاملات المعاصرة تأصيل وتطبيق بين الشريعة والقانون، د/ الغريب إبراهيم محمد الرفاعي ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون بدمنهور ٢٠٠٦م صـ ٥٠ .

(٢) الانتفاع بأجزاء الآدمي ، لعصمت الله عناية الله، صـ١٢٣، رسالة ماجستير، أم القرى، ١٤٠٨هـ

(٣) الوجيز في الطب الإسلامي، د/ هشام إبراهيم الخطيب، صـ١٩٢، فتح الجثة ومشكلات الإعلام الصحي، نور الدين عتر، مجلة الوعي الإسلامي، العدد ٦٤، صـ٥٢، علم تشريح جسم الإنسان، د/ شفيق عبدالملك ، صـ وما يليها، طبعة ١٩٥٩م، القاهرة، والأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/بلحاج العربي بن أحمد صـ٨١.

(٤) علم التشريح عند المسلمين د/ محمد علي البار، صـ١٠.

(٥) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ، د/ عبدالعزيز خليفة القصار، بحث منشور بمجلة الحقوق، صـ٢٥٥.

(٦) تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام فى التعاملات المعاصرة تأصيل وتطبيق بين الشريعة والقانون، د/ الغريب إبراهيم محمد الرفاعي، صـ ٥٠ .

ويكون هذا تحقيقاً لمصلحة الجاني من نفي الجناية عنه، ولمصلحة المجني عليه بمعرفة قاتله، ولمصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة ومتابعة الخارجين عن النظام[1].

الثالثة التشريح التعليمي: بغرض تعليم وتدريب طلبة الطب على أعضاء جسم الإنسان ووظائفها الخارجية والداخلية*، وذلك للنهوض بهم علمياً وعملياً، وإعدادهم لخدمة الأمة في مختلف الجوانب الصحية[2]، ولا خلاف أن دراسة علم الطب، هو عمل ضروري لمصلحة الفرد والجماعة والإنسانية، ولاشك أن تعلم الطب يقتضي علم التشريح لمعرفة الداء والدواء، لقوله ﷺ : قَالَ: "مَا أَنْزَلَ اللَّهُ دَاءً إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً" ((أي دواء))"[3]. وقوله ﷺ : " إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ حَيْثُ خَلَقَ الدَّاءَ خَلَقَ الدَّوَاءَ فَتَدَاوَوْا "[4]، وعليه فإن دراسة الطب تستوجب علم التشريح، لمعرفة أعضاء الجسم ووظائفها، الظاهرة والباطنة[5]، ولتطوير البحث الطبي علمياً وعملياً للوصول إلى العلاج النافع[6].

وفي ذلك يقول ابن النفيس: "وأما انتفاع الطبيب بهذا الفن في الاستدلال، فذلك قد يكون لأجل سابق النظر، وقد يكون بعد ذلك كما لو احتاج الطبيب إلى قطع عضو،

---

(١) الطب الشرعي، د/ عبدالحكم فودة، د/ سالم حسين، صـ٩، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، والطب الشرعي ودوره الفني في البحث عن الجريمة، لعبدالحميد المنشاوي، صـ١٠.

(٢) نقل الأعضاء بين الطب والدين ، د / مصطفى محمد الذهبي صـ ١١ وما بعدها، وحكم تشريح جسم الإنسان بين الشريعة والقانون، د / عبدالعزيز خليفة القصار ، صـ ١٣، ١٤ ط/ دار ابن حزم ، بيروت، لبنان، ط / أولى ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ ١٢، ١٣.

(٣) رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب الطب (سبق تخريجه صـ٨٣) وعند مسلم " عَنْ جَابِرٍ عَنْ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءٌ فَإِذَا أُصِيبَ دَوَاءُ الدَّاءِ بَرَأَ بِإِذْنِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ " كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي رقم ٤٠٨٤، سبق تخريجه صـ٨٣.

(٤) أخرجه الأمام أحمد في مسنده، كتاب باقي مسند المكثرين، باب مسند أنس ابن مالك رضي الله عنه ، رقم ١٢١٣٦، رواه أبو داود عن أسامة بن شريك (في كتاب الطب)، وروى نحوه الترمذي وابن ماجة وأحمد من حديث زياد بن علاقة بن أسامة بن شريك، وأخرجه الشيخان برواية: عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء وأحد الهرم، ينظر: سنن أبي داود، كتاب الطب، جـ٤، صـ٣، تحقيق الشيخ محمد عبدالحميد، سبق تخريجه صـ٨٤.

(٥) الوجيز في الطب الإسلامي، د/ هشام إبراهيم الخطيب، صـ١٩٢.

(٦) هيئة كبار العلماء بالسعودية، فتوى رقم ٤٧ مؤرخة في ١٣٩٦/٨/٢٠م، وبحث اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء، حكم تشريح جثة المسلم، مجلة البحوث الإسلامية، ١٣٩٨هـ، العدد ٤، صـ٤١ و٤٢.

فإنه إن كان عالماً بالتشريح تمكن حينئذ من معرفة ما يلزم ذلك القطع من الضرر الواقع في أفعال الشخص، فينذر بذلك فلا يكون عليه بعد وقوع الضرر لائمة[1]".

(١) شرح تشريح القانون، لأبي الحسن علاء الدين بن أبي الحزم القرشي (ابن النفيس) ، المتوفى سنة ٦٨٧هـ ، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ١٩٨٨م، صـ٢٢.

الفرع الثالث
حكم التشريح في الفقه الإسلامي

موقف الفقه الإسلامي من التشريح:

لم يرد نص قطعي في القرآن الكريم أو السنة النبوية، يفيد تحريم التشريح أو إباحته[1]، ولكن إذا رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي القديمة والحديثة، فإننا نجد تطبيقات لأعمال طبية جراحية تجرى على الجثة، وضع الفقهاء حكمها الشرعي الذي يمكن الأخذ به في خصوص تشريح جثث الموتى[2]، ومن أبرز هذه التطبيقات الفقهية: مسألة شق بطن الأم الميتة لإخراج ولدها الحي الذي يضطرب في أحشائها[3]، وكذا مسألة شق بطن الميت لإخراج المال الثمين الذي ابتلعه قبل الموت بارتكاب أخف الضررين[4]، وأيضاً مسألة إخراج الجثة من ماء عميق (أو بئر) ولو بالكلاليب ونحوها، ولو أدى ذلك إلى تقطيعها والتمثيل بها، لصيانة حاجة الناس إلى البئر وغسل الميت ودفنه[5].

كما أن في التشريح المرضي أو العلاجي وقاية للمجتمع من الأمراض الوبائية، لاسيما وأن مفسدة انتهاك كرامة الجثة المشرحة مغمورة في جنب المصالح الكثيرة والعامة المتحققة بذلك[6].

---

(١) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين ، صـ ٦٤ ، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي بن أحمد صـ٨٣.

(٢) تشريح جسم الإنسان لأغراض التعليم الطبي، د/ شاكر شبير قنديل، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن المسئولية الطبية، بنغازي، ليبيا، أكتوبر ١٩٨٧م، صـ٢٠، ونقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ٢٠٢.

(٣) قواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام، جـ١ ، صـ٩٧، المغني، لابن قدامة، جـ٢، صـ٥٥١، رد المحتار، لابن عابدين، جـ١ ، صـ٦٢٨، المحلى، لابن حزم، جـ٥، صـ١٦٦، المجموع، للنووي، جـ٥، صـ٣٠٠ و٣٠١، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، جـ٢ ، صـ٨٨.

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل، جـ٢ ، صـ١٤٥ ، بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٥، صـ١٢٩، نهاية المحتاج، للرملي، جـ٣، صـ٣٩، المحلى، لابن حزم، جـ٥، صـ١٦٦، السيل الجرار، للشوكاني، جـ١، صـ٣٣٦، المغني، لابن قدامة، جـ٢، صـ٥٥١.

(٥) كشاف القناع للبهوتي، جـ٢، صـ١٣٢.

(٦) ينظر : بيان للناس، للإمام الأكبر د/ جاد الحق علي جاد الحق –رحمه الله– جـ٢صـ٢٥٦، ٢٥٧، ط/ مطبعة جامعة الأزهر ١٩٩٤م، والفتاوى، لفضيلة الشيخ / محمد متولي الشعراوي –رحمه الله–

#

ويمكن لنا أن نستخلص الأساس الذي يقوم عليه القول بمشروعية التشريح في الفقه الإسلامي من خلال قواعد الترجيح بين المصالح والمفاسد، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[1]، وأنه إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما[2]، وقواعد الشرع مبنية على رعاية المصالح الراجحة، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يترتب على تفويتها ضرراً أشد[3]، فينبغي اعتبار التشريح من الأمور المباحة، يؤيد ذلك أيضا أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام[4] والضرر الذي يلحق الجماعة من عدم القيام بالتشريح أشد من الضرر المترتب على تشريح الجثة[5].

كما أنه من القواعد المستقرة في الفقه الإسلامي قاعدة : " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"[6]، فإذا كان الشارع قد أوجب على الأمة تعلم فريق منها الطب ومباشرته، وكان ذلك لا يتم إلا بالتشريح، فإنه يكون بذلك قد أوجب تعليم التشريح ومزاولته عملياً[7]، فالتشريح وإن لم يرتفع إلى درجة الواجب فهو على الأقل مباح شرعاً[8] وتستند

صـ٥٤٤، ط / المكتبة التوفيقية، وفتاوى وتوجيهات، للشيخ / حسن مراد مناع صـ٧٢، ط / دار الصفوة بالكويت ، والغردقة بمصر، ط / أولى ١٤١١هـ-١٩٩٠م، الطبيب أدبه وفقهه، د/ محمد علي البار.د/ زهير أحمد السباعي صـ١٦٤، ط/ دار القلم، دمشق ، والدار الشامية، بيروت ، ط / ثانية ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، نقل الأعضاء بين الطب والدين، د/ مصطفى الذهبي، صـ ١١، أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، لهيئة كبار العلماء بالسعودية جـ٢صـ٦٨، ٦٩، ط / الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالرياض، ط/ الأولى ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.

(١) مجلة الأحكام العدلية م ٢٧.

(٢) مجلة الأحكام العدلية م ٢٨.

(٣) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٦٨، وما بعدها، علم التشريح عند المسلمين، د/محمد علي البار، صـ٤٧، الفتاوى الإسلامية ، فضيلة الإمام الأكبر د/ جاد الحق، المجلد ١٠ ، صـ٣٧١٣، دار التراث العربي ١٩٩٤م.

(٤) مجلة الأحكام العدلية م ٢٦.

(٥) فتوى دار الإفتاء المصرية ، سجلات دار الإفتاء سجل ٧٤ صـ ٢٧٦ رقم ٤٥٤، أشار إليها : د/ شاكر شبير قنديل ، تشريح جسم الإنسان لأغراض التعليم الطبي ، صـ١٧ ، ١٩ ، والشيخ / يوسف الدجوي ، تشريح الميت مجلة الأزهر، صـ ٣٧ ، ٣٨ المجلد التاسع.

(٦) وهذه القاعدة متفرعة من القاعدة: "الحريم له حكم ما هو حريم له" قال السيوطي: وحريم الواجب، ما لا يتم الواجب إلا به، ومن ثم وجب غسل جزء من الرقبة والرأس مع الوجه ليتحقق غسله، وهي قاعدة أصولية وتعرف بمقدمة الواجب، ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ١٢٥.

(٧) تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة تأصيل وتطبيق بين الشريعة والقانون، د/ الغريب إبراهيم محمد الرفاعي صـ ٥٨ .

(٨) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، د/ أحمد شرف الدين صـ ٧١ ، ونفس المعنى، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/بلحاج العربي بن أحمد صـ٨٦ .

وجل الذي وضع لكل داء دواء، فالتشريح واجب بالأدلة التي أوجبت تعلم الطب وعلومه ومباشرته بالعمل التطبيقي، لتقوم طائفة من الأمة به[1]، والشارع إذا أوجب أمراً نص على إيجاب ما يتوقف عليه ذلك الأمر، فإذا أوجب الصلاة وجب الوضوء، وإذا أوجب على البعض تعلم الطب وجب علم التشريح ومزاولته علماً وعملاً[2].

كما أن أهل الخبرة قد قطعوا بأنه لا يغني تشريح أي حيوان آخر غير الإنسان عن تشريح الجسم البشري؛ وذلك لأن تركيب جسم الإنسان يخالف كثيراً من تركيب جسم الحيوان، وإذا كانت الحيوانات ذات الثدي قريبة الشبه بالإنسان إلا أن هذا لا يُعطي فكرة صادقة عن تفاصيل جسم الإنسان[3]، ولولا التشريح الطبي لجثث الموتى، لمعرفة الأمراض والعلل وتشخيصها، لما تقدم الطب ولما أمكن إنقاذ آلاف أو مئات الآلاف من المرضى[4]، إذ إنه بدون التشريح قد يقدم الطبيب وخاصة الجراح على عمل فيه تهلكة للمريض، وقد استدل الطبيب والجراح المسلم الزهراوي (وهو مؤسس علم الجراحة)[5]، على وجوب التشريح، بمثال الجراح الجاهل بالتشريح الذي قام بإزالة ورم من عنق امرأة فأصاب خطأً شرايينها فماتت[6].

---

(١) فتوى الشيخ الدجوي، مجلة الأزهر، المجلد ٦، ص٤٧٣، أو فتاوى الشيخ يوسف الدجوي، جـ٢، صـ٦٥٥ وما بعدها، هيئة كبار العلماء بالسعودية. فتوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٠هـ.

(٢) اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء، حكم تشريح جثة المسلم، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٤، ١٣٩٨هـ، ص٤١ و٤٢، فتوى الشيخ عبدالمجيد سليم مؤرخة في ١٩٣٧/١٠/٣١م.

(٣) هناك اختلافات كثيرة بين جسم الإنسان وجسم حيوان ثديي يتعين على الطبيب معرفة تفاصيلها، ومنها الاختلافات المتعلقة بالهيكل العظمي وما يتصل به من مفاصل وعضلات، وتلك الخاصة بالأحشاء الداخلية كالمعدة والأمعاء والكلية والدماغ والتركيب الميكروسكوبي للأعضاء. ينظر بحث اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء، أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (٢/٦٥-٦٧)، حكم تشريح جسم الإنسان بين الشريعة والقانون، د/عبدالعزيز خليفة القصار ، صـ٤٤.

(٤) علم التشريح عند المسلمين د/ محمد علي البار، صـ٤٦.

(٥) يعد أبو القاسم خلف الزهراوي أعظم جراح ظهر في القرون الوسطى، ولد في القرن الرابع الهجري بالأندلس، وتوفي عام ٤٢٧هـ (١٠٣٦م) وعمل جراحاً للخليفة عبدالرحمن الثالث، يقول الدكتور/ عبدالعظيم الديب: "إن عظمة الزهراوي تكمن حقاً في أنه أول من عني بالجراحة وجعلها فرعاً مستقلاً..." ينظر: أبو القاسم الزهراوي أول طبيب جراح في العالم ، د/ عبدالعظيم الديب صـ١٠٠، ط دار الأنصار بمصر، ويقول الدكتور/ محمود الحاج قاسم : "اعتبر الزهراوي بحق أول من فرق بين الجراحة وغيرها من الموضوعات الطبية..." ينظر: الطب عند العرب والمسلمين تاريخ ومساهمات، د/ محمود الحاج قاسم محمد، صـ١٠٦، ط الأولى ١٤٠٧هـ الدار السعودية للنشر والتوزيع، ويقول أحد جراحي الغرب: "لا شك في أن الزهراوي أعظم طبيب في الجراحة العربية، وقد اعتمده واستند إلى بحوثه جميع مؤلفي الجراحة في القرون الوسطى" مذكور في: الإسناد الطبي في الجيوش العربية الإسلامية، د/ راجي عباس التكريتي صـ٢٠١، ط دائرة الشئون الثقافية العراق عام ١٩٨٤م .

(٦) تاريخ الطب العربي، د. يحيى حقي ، صـ٢٩ - ٣٠.

وإذا كان التشريح على نحو ما رأينا سابقاً جائزاً، فقد أقر هذا الجواز الكثير من الفقهاء المحدثين[1] الذين قالوا بجواز تشريح جثة الميت، إذا كان فيه مصلحة شرعية، ومادام فيه نفع للمسلمين، ولكن بشرط المحافظة على حرمة الجثة وكرامتها، وعدم إهانتها أو العبث بها أو إلقائها بعد ذلك باستهانة، على أنه يجب في جميع الأحوال والأغراض دفن جميع أجزاء الجثة المشرحة، وهذا ما ذهبت إليه الكثير من الفتاوى الصادرة في هذا الشأن[2]، والتي أجازت كلها تشريح جثة الميت إذا كان فيه مصلحة يقرها الشرع، على أساس أن قواعد الدين الإسلامي مبنية على المصالح الراجحة، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر[3].

---

(١) ومنهم : الشيخ يوسف الدجوي، مجلة الأزهر، المجلد ٦، ص٤٧٣ ، الشيخ محمد بخيت، مجلة الأزهر، المجلد ٦، صـ٦٢٧ ، الشيخ عبدالمجيد سليم، الفتاوى الإسلامية، المجلد ٤، صـ١٣٣١، الشيخ جاد الحق. الفتاوى الإسلامية، المجلد ١٠، صـ٣٧١٣، الشيخ محمد خاطر، الفتاوى الإسلامية، المجلد ٧، صـ٢٥٠٥، الشيخ حسن مأمون، الفتاوى الإسلامية، المجلد ٧، صـ٢٦٢٥، الشيخ محمد متولي الشعراوي، ١٠٠ سؤال وجواب في الفقه الإسلامي، جـ١، صـ٧٨، الشيخ عبدالرحمن السعدي، مجلة البحوث الإسلامية، ١٣٩٨هـ، العدد ٤، صـ٧٤ وما يليها، الشيخ حسنين مخلوف، فتاوى إسلامية، جـ١ ، صـ٣٦٠، الشيخ أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة، جـ١، صـ٦٠٥ ، الشيخ إبراهيم اليعقوبي، شفاء التباريح في حكم التشريح، صـ٨٩، الشيخ عطا الله، الحلال والحرام، صـ٣٢٩، الشيخ يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، جـ٢، صـ٥٣٥ — ٥٣٦، الشيخ محمد الغزالي، أعمال الملتقى الدولي لزرع الأعضاء، الجزائر العاصمة يومي ١٦ و١٧ نوفمبر ١٩٨٥م، الشيخ أبو الأعلى المودودي، رسائل ومسائل، جـ٢، صـ١٤٩ ، د/ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، صـ٦٨ وما بعدها، د/ محمد الحبيب الخوجة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته ٩ لعام ١٩٨٦م، د/ محمد علي البار، علم التشريع عند المسلمين، صـ٤٨ — ٤٩ ، د/محمد عبدالمجيد محمد، بحوث في الطب الإسلامي، صـ٢٧ ، د/ بلحاج العربي بن أحمد، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، صـ٦٣ وما يليها، د/ نور الدين عتر، فتح الجثة، مجلة الوعي الإسلامي، العدد ٦٤، صـ٥٢، د/ شاكر شبير، تشريح جسم الإنسان لأغراض التعليم الطبي، صـ٢٢ وما يليها، عصمت الله محمد، الانتفاع بأجزاء الآدمي، صـ١٢٣ وما بعدها، د/ مصطفى الذهبي، نقل الأعضاء، صـ١٤ — ١٥، د/ أمين محمد البطوش، الحكم الشرعي لاستقطاع الأعضاء وزرعها. مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٥٣، محرم ١٤١٩هـ، صـ٣٢٦.

(٢) ومنها : فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٣٧/١٠/٣١م الفتاوى الإسلامية، المجلد ٤، صـ١٣٣١، وكان المفتي الشيخ عبدالمجيد سليم، وفتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٠هـ فتوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٠هـ، الدورة ٩ برئاسة فضيلة الشيخ محمد علي الحركان، وفتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية بتاريخ ١٣٩٦/٧/٢١هـ برئاسة فضيلة الشيخ عبدالعزيز بن باز، ، ينظر بحث اللجنة: "حكم تشريح جثة المسلم" المشار إليه سابقاً ، وقرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة عام ١٩٨٧م في الفترة من ١٩٨٧/١٠/١٧ إلى ١٩٨٧/١٠/٢١م القرار رقم (١)، وفتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر بتاريخ ١٩٧٢/٤/٢٠م، وكذا لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ ١٩٧٧/٥/١٨م،

(٣) الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/بلحاج العربي بن أحمد صـ٨٩.

وقد صرح الداعية الشيخ محمد الغزالي رحمه الله تعالى، في الملتقى الدولي لزرع الأعضاء الآدمية الذي نظمه الاتحاد الطبي الجزائري بالجزائر العاصمة يومي ١٦ و١٧ نوفمبر ١٩٨٥م، بأنه يجوز التشريح لضرورة خدمة الإنسان، ولكن مع احترام حرمة الجثة وكرامتها وعدم إهانتها لأنه لابد من احترام الإنسان حياً أو ميتاً، غير أنه تقدم شرعاً كرامة الحي على كرامة الميت لصلحة الحي ونفعه، والإسلام جاء لخدمة المصالح الراجحة الخاصة والعامة [١]، وقال الإمام المجدد ابن القيم الجوزية حيث وجدت المصلحة فثم شرع الله تعالى [٢].

إلا أنه وبالرغم من هذا الإجماع من قبل الفقهاء على مشروعية وجواز التشريح، فقد ذهب بعض الفقهاء [٣] إلى القول بعدم جواز تشريح الجثة ، لكرامتها ولتوافر ما يغني عن تشريحها لمعرفة وظائف الأعضاء، وغيرها من خلال تشريح الحيوانات، ولكن هذا الرأي لا يقوى على الوقوف ضد إجماع الفقهاء على مشروعية وجواز التشريح لما ذكرناه سابقاً.

---

(١) نقله عن فضيلته : د/ بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، صـ٧٦.

(٢) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية. ، جـ٣، صـ١٤.

(٣) ومنهم: الشيخ / حسن السقاف، الامتاع والاستقصاء، صـ٢٧، ٢٨، والشيخ/ محمد برهان السنبهلي، قضايا فقهية معاصرة، صـ٦٦، ود/ محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، صـ١٦٩، والشيخ/ محمد بخيت المطيعي، مجلة الأزهر ، المجلد السادس، الجزء الأول، صـ٦٣١، عدد محرم.

الفرع الرابع
الشروط الشرعية لإباحة التشريح

شروط التشريح

انتهيت إلى مشروعية التشريح ولكن هذه المشروعية مرتبطة بتوافر عدة شروط لابد من تحققها وهي:

أولاً: التحقق من موت الإنسان الذي سيُجرى تشريح جثته[1]، وهو ما قررته، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، بمقتضى القرار التاريخي رقم ٦٢ المؤرخ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ: بجواز نقل قرنية عين من إنسان بعد التأكد من موته، وزرعها في عين إنسان مسلم مضطر إليها، وغلب على الظن نجاح عملية زرعها، مالم يمنع أولياؤه ذلك، بناء على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين، وإيثار مصلحة الحي على مصلحة الميت، فإنه يرجى للحي الإبصار بعد عدمه، والانتفاع بذلك في نفسه ونفع الأمة به، ولا يفوت على الميت الذي أخذت قرنية عينه شيء، فإن عينه إلى الدمار والتحول إلى رفات، وليس في أخذ قرنية عينه مثلة ظاهرة، فإن عينه قد أغمضت وطبق جفناها أعلاهما على الأسفل[2]، ولكن لا يكون ذلك إلا بعد التثبت من الوفاة وفقاً للمعايير الطبية والشرعية، ويعد الشخص متوفى شرعاً إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه[3]

---

(١) وهذا شرط بديهي نص عليه الفقهاء أثناء تعرضهم لمسألة المساس بجثث الموتى في معرض الحديث عن مسألة استخراج الجنيين من بطن أمه الميتة ، ومسألة وجوب التأكد من الموت قبل الدفن راجع : المحلى لأبن حزم ،جـ٥ صـ١٧٣، والأم للشافعي صـ٢٤٥ ، وقال بعضهم بوجوب الانتظار مدة من يوم إلى يومين قبل الدفن للتأكد من الوفاة ، روضة الطالبين ، للنووي جـ٢ صـ١٤٣ .

(٢) هيئة كبار العلماء بالسعودية قرار رقم ٦٢، مؤرخ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ وعلى إثر هذه الفتوى تم في المملكة العربية السعودية استئصال ٢٥٤ قرنية من المتبرعين المتوفين دماغياً، وتمت زراعتها بنجاح تام من سنة ١٩٨٦م إلى سنة ١٩٩٧م. ينظر التقرير السنوي ١٩٩٧م للمركز السعودي لزراعة الأعضاء، الرياض، ص٦١.

(٣) الإجماع الطبي المعاصر يقوم على أساس جعل مفهوم موت الدماغ مساوياً لموت القلب، ولكنه لا يحكم شرعاً بموت المتوفى دماغياً إلا بعد توقف التنفس والقلب توقفاً تاماً ونهائياً بعد رفع الأجهزة المركبة على جسمه. ينظر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان في شهر أكتوبر ١٩٨٦م، وقرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة في شهر أكتوبر ١٩٨٧م.

ويكون إيقاف هذه الأجهزة بقرار جماعي يتخذه فريق موثوق في دينه وعلمه وخبرته الطبية [1].

ثانياً: موافقة ذوي الشأن[2]، أي موافقة الميت قبل وفاته على تشريح جثته[3]، أو أهله بعد وفاته، إذا لم يكن قد أعطى الموافقة قبل موته[4] ومرجع ذلك كما يقول د/ أحمد شرف الدين "أن أهل الميت هم النواب الطبيعيون، إن جاز التعبير، للميت وهم الأقدر على تحديد موقف الميت لو طلب منه رأيه ، قبل موته في تشريح جثته" [5].

ثالثاً: تحقق الضرورة[6] المتطلبة للتشريح، لأن الضرورة هي علة الحكم بإباحة التشريح، فيدور معها وجوداً وعدماً[7]، فإذا كان ولابد من التشريح لمثل هذه المقاصد الشرعية، المرتبطة بحياة الناس تحقيقاً لمصلحة الفرد والجماعة (وهي التشريح

---

(١) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء. فتوى رقم ١٢٠٨٦، بتاريخ ١٤٠٩/٦/٢٠هـ لجنة مكونة على الأقل من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء في أجهزة الإنعاش والطب الشرعي.

(٢) وذلك في غير حالة التشريح الجنائي فإنه لا حاجة لرضاء الميت أو أهله، ينظر: تشريح الميت ، الشيخ/ يوسف الدجوي، مجلة الأزهر ، المجلد التاسع صـ١٦٧ ، كما أنه من الممكن الاستغناء عن رضاء الأهل في حالة تشريح الجثث المجهولة التي لم يتعرف على أهل لهم (فتوى دار الإفتاء المصرية سجل ٧٤ مسلسل ٤٥٤ صـ٢٧٦)، وينظر: نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ٢٠٧.

(٣) ولا يشترط في رضاء الميت بالتشريح الشروط التي يجب توافرها في الوصية لأن الرضاء بالتشريح ليس تصرفاً ناقلاً للملكية ، الفتاوى الهندية ، جـ٦ صـ٩٨ .

(٤) ويرى بعض فقهاء الشيعة أنه ليس من حق الأهل الموافقة على الاستقطاع من جثة الميت وبالتالي تشريحها (تحرير الوسيلة ، للخميني ، اجـ٢ صـ٤ ،٦، المسألة رقم ٥) وهذا يخالف فتوى أهل السنة والجماعة من جواز ذلك ينظر على سبيل المثال : فتوى دار الإفتاء المصرية سجل رقم ٨٨ مسلسل ٢١٢، صـ١٩ ، . وقرار هيئة كبار العلماء بالسعودية قرار رقم ٦٢، مؤرخ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ السابق الإشارة إليه.

(٥) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، د/ أحمد شرف الدين ، صـ٧٣.

(٦) الضرورة هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً ، كحالة المخمصة الملجئة لأكل الميتة ، والغصة لشرب الخمر ، والإكراه بالقتل للنطق بكلمة الكفر .والفرق بينها وبين الحاجة : أن حكم الضرورة مؤقت بمدة قيام الضرورة ؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها ، وحكم الحاجة مستمر ، كما أن الضرورة يستباح بها الممنوع شرعاً ، بخلاف الحاجة فإنه لا يستباح بها . الموافقات في أصول الشريعة، جـ٢صـ٨، الأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٦١، درر الحكام، جـ١ صـ٣٤، شرح القواعد الفقهية ، للشيخ أحمد الزرقا صـ٢٠٩.

(٧) تشريح جسم الإنسان لأغراض التعليم الطبي، د/شاكر شبير ، صـ٢٢، و تشريح الميت، الشيخ / يوسف الدجوي صـ ٣١، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، د/ أحمد شرف الدين ، صـ ٧٣ ، تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة ، د/ الغريب إبراهيم محمد الرفاعي صـ٥٧.

الجنائي، والتشريح المرضي، وكذا التشريح العلمي من أجل تعلم الطب) فإنه يكون مباحاً، بل هو مطلوب شرعاً[1] لأن التشريح في هذه الحالة يتعلق بحاجات الناس التي تنزل منزلة الضرورة، وتطبيقاً لمقومات الضرورة يجب أن تكون المصلحة التي يجري التشريح لأجلها جدية وراجحة ، وأعظم من المفسدة[2].

رابعاً: أن تتم عملية التشريح باحترام وأدب، أما ما يُرى ويسمع من إهانة الجثة أو التمثيل بها، بعد الحصول على الغرض منها، فهو أمر لا يقره الشرع، لأن لها حرمة وكرامة شرعاً[3] لأن الإنسان في الإسلام له كرامته حياً أو ميتاً، لقوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ" (سورة الإسراء، من الآية ٧٠) وقوله ﷺ: " كَسْرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِهِ حَيًّا"[4] فيجب أن يتم التشريح باحترام وأدب وفقاً لقواعد الاستخدامات الطبية لجسم الإنسان وجثته وأخلاقياتها، وفي حدود الضوابط الشرعية[5].

خامساً: بعد إتمام عملية التشريح يعاد كل شيء إلى أصله، فتخاط بطن المتوفى ، ويغسل، ويكفن، ويدفن الدفن الطبيعي[6]، لأنه لا يجوز شرعاً التمثيل بالجثة أو

(١) الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي بن أحمد صـ٩١.

(٢) وينطبق هذا في مسألة شق بطن الحامل الميتة لاستخراج ولدها ، حين اشترط الفقهاء لجوازه أن ترجى حياة الولد راجع في هذا : الاختيار لتعليل المختار ، جـ٤ صـ٢٥ ، شرح فتح القدير، جـ٢ صـ١٠٢، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، جـ١ صـ٢٦٤ ، ط / دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، طبعة / أولى ١٤١٥هـ، الفواكه الدواني، جـ١صـ٣٠١، ٣٠٢، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للصاوي، جـ١صـ٢٠٥ ، ط / الحلبي ، ط / الأخيرة ١٣٧٢هـ – ١٩٥٢م، الحاوي الكبير ، جـ٣صـ٦٢، مغني المحتاج، جـ١صـ٣٦٧، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، جـ١صـ٣٥٢، المغني،جـ٣ صـ٣٥١، ٣٥٢، نيل المآرب ، صـ ١١٩، المحلى لابن حزم جـ ٥ صـ١٦٦، السيل الجرار جـ١صـ٣٣٦.

(٣) هيئة كبار العلماء بالسعودية. فتوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٠هـ، ١٠٠ سؤال وجواب في الفقه الإسلامي، فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي، جـ١ ، صـ٧٨، شفاء التباريح في حكم التشريح، الشيخ إبراهيم اليعقوبي، ص٨٩.

(٤) سبق تخريجه صـ ٣٤٥ من هذا البحث.

(٥) الفتاوى الإسلامية، فضيلة الإمام الأكبر د/ جاد الحق، المجلد ١٠، دار التراث العربي ١٩٩٤م، صـ٣٧١٣، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٦٨ وما يليها، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي بن أحمد صـ٩١، الحكم الشرعي لاستقطاع الأعضاء وزرعها تبرعاً أو بيعاً، د/ أمين محمد البطوش، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٥٣، محرم ١٤١٩هـ، صـ٣٢٧ – ٣٢٨.

(٦) لأن الأصل هو وجوب دفن الموتى ، المحلى ، لابن حزم جـ١ صـ١٢٤.

إهانتها، ولا ينبغي تشريح جثة معصوم الدم إلا عند الضرورة، وأن يقتصر في التشريح على قدر الضرورة، كي لا يعبث بجثث الموتى، ويجب في جميع الأحوال دفن جميع أجزاء الجثة المشرحة[1] وهذا يقتضي تجميع أجزاء الجثة بعد التشريح ودفنها[2].

سادساً: أن يتجرد الرضا بالتشريح عن كل اعتبار مادي[3] لأنه لا يجوز الاحتفاظ بجثث الموتى بقصد التمثيل بها، أو بيع أجزاء منها، أو التعامل فيها بأية صورة من صور التعامل[4].

سابعاً: إذا أمكن الاقتصار على جثث المحاربين والمرتدين كان أولى[5] لأن التشريح إنما جاز للضرورة، فينبغي مراعاة هذه الضرورة، بالاكتفاء بتشريح جثث أموات غير معصومة، وعدم التعرض لجثث أموات معصومين إلا بمسوغ شرعي[6].

---

(١) هيئة كبار العلماء بالسعودية. فتوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٠هـ مشار إليها سابقاً، قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة عام ١٩٨٧م.

(٢) فتوى دار الإفتاء المصرية سجل ٧٤ رقم ٤٥٤ صـ٢٧٦.

(٣) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، د/أحمد شرف الدين ، صـ ٧٣ ، ونفس المعنى : تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة ، د/ الغريب إبراهيم محمد الرفاعي، صـ٥٧.

(٤) الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي بن أحمد صـ٩١.

(٥) تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة ، د/ الغريب إبراهيم محمد الرفاعي صـ ٥٧.

(٦) هيئة كبار العلماء بالسعودية. فتوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٠هـ وذلك لأن التفريق بين المسلم والكافر سائغ في الفقه الإسلامي في أحكام كثيرة، فمثلاً يجوز قتل أولاد الكفار عند التترس بهم، في حين أنه لا يجوز فعل ذلك مع أطفال المسلمين، ومثل ذلك التشريح كلما أمكن، ينظر: قواعد الأحكام، لابن عبدالسلام، جـ١ ، صـ٩٦، والقواعد، لأبي بكر بن محمد بن عبدالمؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، جـ١ ، صـ٣٥٢، ٣٥٣، مكتبة الرشد، الرياض الأولى سنة ١٩٩٧م.

المطلب الثالث

تطبيقات المساس بالجثة في الفقه الإسلامي

للجثة في الفقه الإسلامي احترامها فيحرم الاعتداء عليها أو إهانتها على نحو ما رأينا سابقاً، ولكن هناك حالات تستدعي المساس بجثة المتوفى من أجل رعاية مصلحة أعظم من حرمة المتوفى، وبالنظر في كتب الفقه نجد أن هناك نماذج وتطبيقات ذكرها الفقهاء القدامى منها التعرض لشق بطن المرأة المتوفاة لإخراج الجنين، أو شق بطن الميت لإخراج المال الذي ابتلعه، أو إخراج الجثة من البئر، أو الكهف، ومنها ما ذكره الفقهاء المعاصرون قياساً على الحالات السابقة، وهي حالة نزع الأعضاء من الميت لزراعتها في جسم الحي المحتاج إليها، وسوف نلقي الضوء على هذه التطبيقات فيما يلي من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: حكم شق بطن الأم الميتة لإخراج ولدها الحي.

الفرع الثاني: حكم شق بطن الميت لإخراج المال الثمين.

الفرع الثالث: حكم إخراج الجثة من ماء عميق أو غار أو كهف.

الفرع الرابع: حكم المساس بالجثة من أجل زرع الأعضاء (الكبد).

الفرع الأول

حكم شق بطن الأم الميتة لإخراج ولدها الحي

اتفق الفقهاء على أنه إذا قدر على إخراج الجنين الحي من الأم الميتة بحيلة غير شق البطن فعل[1]، ولكنهم اختلفوا في حالة ما إذا تعذر إخراج الجنين بغير شق بطن الأم الحامل بعد موتها إذا رجيت حياته على رأيين:

الرأي الأول :

قال أصحابه بجواز شق بطن المرأة الحامل لذلك، وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفية[2] وبعض المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5] في غير الأصح عندهم، والظاهرية[6]، وأختاره الإمام الشوكاني[7].

---

(١) رد المحتار، لابن عابدين، جـ١، صـ٦٠٢، وحاشية الدسوقي، جـ١، صـ٤٢٩، والمهذب، للشيرازي، جـ١، صـ١٤٥، والمغني، لابن قدامة، جـ٢، صـ٥٥١.

(٢) الاختيار لتعليل المختار جـ٤صـ٢٥، شرح فتح القدير جـ٢صـ١٠٢، رد المحتار على الدر المختار، جـ١، صـ٦٠٢، ونقله ابن نجيم عن الأمام أبي حنيفة –رحمه الله– عند بيانه لفروع قاعدة إزالة الضرر الأشد بالأخف فقال: "ومنها جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته وقد أمر به أبو حنيفة –رحمه الله– فعاش الولد كما في الملتقط"، ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٨٨، كما أختاره محمد بن الحسن من أصحاب الإمام، ينظر قوله في: الفتوى الهندية، جـ١ صـ١٥٧، ١٥٨.

(٣) المدونة الكبرى، للإمام مالك جـ١صـ٢٦٤، الفواكه الدواني، شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي (١١٢٠هـ) علي رسالة أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي (٣١٦–٣٨٦هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر، جـ١صـ٣٠١، ٣٠٢، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك " للشيخ الصاوي المالكي جـ١صـ٢٠٥،والقائلين بذلك من المالكية هم : أشهب، وسحنون، واللخمي: ينظر حاشية الدسوقي، جـ١ صـ٤٧٤، وشرح الخرشي، جـ٢ صـ٤٩، ومنح الجليل على نختصر خليل، للشيخ محمد عليش، جـ١ صـ٣٢٠ ، طبعة المطبعة العامرة الكبرى بمصر سنة ١٢٩٤هـ، وبهامسه حاشية تسهيل منح الجليل للمؤلف نفسه.

(٤) مغني المحتاج، للشربيني، جـ١صـ٣٦٧، المهذب، للشيرازي، جـ١ صـ١٣٨، روضة الطالبين، للنووي جـ٢ صـ١٤٣، نهاية المحتاج ، للرملي، جـ٣، صـ٣٩، والمجموع، للنووي، جـ٥، صـ٣٠٢.

(٥) المغني، لابن قدامة، جـ٣صـ٣٥١، ٣٥٢، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، للإمام عبدالقادر بن عمر الشيباني، ط/ الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية ١٣٩٨هـ–١٩٧٨م، صـ١١٩، واختار هذا القول ابن هبيرة –رضي الله عنه– ، واشترط عجز القوابل عن إخراجه، ينظر : الإفصاح عن معاني الصحاح، للوزير عون الدين أبي المظفر يحي بن محمد بن هبيرة، المتوفى سنة ٥٦٠هـ، ط الأولى المطبعة العلمية بحلب سنة ١٣٤٧هـ، صـ٨٣، وحكى اختياره المرداوي — رحمه الله– وقال بعد ذكره "قلت : وهو أولى"، ينظر، الإنصاف، للمرداوي، جـ٢ صـ٥٥٦.

(٦) المحلى، لابن حزم الظاهري، جـ٥صـ١٦٦.

(٧) السيل الجرار السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، للإمام محمد بن علي الشوكاني، ط/ المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، القاهرة تحقيق/ قاسم غالب أحمد وآخرون جـ١صـ٣٣٦.

الرأي الثاني :

قال أصحابه بعدم جواز شق بطن المرأة الحامل لاستخرج جنينها المرجو حياته، وإنما تخرجه القوابل فإن لم توجد نساء لا ينتزعه الرجال، وإنما تترك أمه بلا دفن حتى يتيقن موته، وبهذا قال المالكية(1) في المعتمد، والحنابلة كذلك(2).

الأدلـــــــة

أدلة الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول على جواز شق بطن المرأة لاستخرج جنينها بأدلة كثيرة منها :

١- قوله -ﷻ- : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة: من الآية٣٢]، فقد امتدح الله من سعى في إحياء النفوس ، وحيث إن الشق في الغالب يكون سبباً في إحياء الجنيين -بإذن الله تعالى- فهو داخل فيما دعت إليه الآية فينبغي فعله(3).

٢- أن حرمة الحي — الجنين — أوكد من حرمة الميت — الأم — فإتلاف جزء من الميت لإبقاء حي جائز، فأشبه إذا اضطر إلى أكل جزء من الميت(4).

٣- إن البطن يشق لإخراج المال منه، فمن باب أولى يجوز الشق لإنقاذ الحي(5)؛ لعظم النفس وشرفها على المال.

---

(١) الفواكه الدواني جـ١صـ٣٠١، ٣٠٢، حاشية الدسوقي جـ١ صـ٤٧٤، وشرح الخرشي جـ٢ صـ٤٩، ومنح الجليل للشيخ عليش جـ١ صـ٣٢٠، والمدونة ، جـ١ صـ١٩٠، وبلغة السالك، للصاوي جـ١ ، صـ٢٣٢.

(٢) المغني، لابن قدامة، جـ٣صـ٣٥١، ٣٥٢، نيل المآرب ، صـ١١٩، ونص على هذا القول الإمام أحمد — رحمه الله— وفي رواية ابنه صالح عنه، وهذا القول هو مذهب أصحابه، ينظر : المبدع لابن مفلح جـ٢ صـ٢٧٩، الإنصاف، للمرداوي جـ٢ صـ٥٥٦، وكشاف القناع، للبهوتي جـ٢ صـ١٦٩ ، والمحرر في الفقه، للشيخ الإمام مجد الدين أبي البركات ، المتوفي سنة ٦٥٢هـ مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٩هـ ومعه النكت والفوائد السنية لابن مفلح ، جـ١ صـ٢٠٧.

(٣) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي ، صـ ٢١٤.

(٤) ذكر هذا الدليل الإمام الشيرازي في المهذب، جـ١ صـ١٣٨، ونص عليه الإمام النووي في المجموع بقوله: "إنه إذا ماتت امرأة وفي جوفها جنين حي يشق جوفها لأن استبقاءه بإتلاف جزء من الميت فأشبه ما إذا اضطر إلى أكل جزء من الميت" ينظر: المجموع شرح المهذب، للنووي، جـ٥، صـ٣٠١.

(٥) رد المحتار، جـ١ ، صـ٦٠٢، وحاشية الدسوقي، جـ١ ، صـ٤٢٩.

٤- العمل بالقواعد الشرعية المقررة بارتكاب أخف الضررين وأهون الشرين: إما شق بطن الميتة وانتهاك حرمتها، وإما هلاك الولد الحي، فوجب شرعاً شق بطن الأم الميتة لإخراج ولدها الحي الذي هو أهون من إهلاك ولدها الحي، كما أن انتهاك حرمتها هو أخف من جريمة قتل للنفس البريئة[1] إذ إن الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف، فيُسمح شرعاً بشق بطن الحامل الميتة لإخراج جنينها الحي.

٥- إن إنقاذ النفس المحرمة واجب، والجنين نفس محرمة، وقد توقف أداء ذلك الواجب على الشق فوجب فعله، وهذا ما أكده العلامة الخطيب الشربيني بقوله " لو دفنت امرأة في بطنها جنين تُرْجَى حياته بأن يكون له ستة أشهر فأكثر نُبِشَتْ وَشُقَّ جوفها وأخرج تداركا للواجب ؛ لأنه يجب شق جوفها قبل الدفن ، وإن لمْ تُرْجَ حياته لم تُنْبَش "[2].

أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه بعدم جواز شق بطن الميتة بأدلة عديدة، منها :

١- أن شق بطن الميتة لإخراج الجنين فيه اعتداء وإهانة للميتة وهذا منهي عنه بنص حديث أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- قالت: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ "إِنَّ كَسْرَ عَظْمِ الْمُؤْمِنِ مَيْتًا مِثْلُ كَسْرِهِ حَيًّا "[3] وفي حديث أم سلمة -رضي الله عنها- بزيادة "في الأثم"[4].

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٥، صـ١٣٠، والتاج والإكليل، للعبدري، جـ٢، صـ٢٥٤، ونهاية المحتاج، للرملي، جـ٣، صـ٣٩، والمغني، لابن قدامة، جـ٢، صـ٤١٣، والمحلى، لابن حزم، جـ٥، صـ١٦٧، والسيل الجرار، للشوكاني، جـ١، صـ٣٣٦.

(٢) مغني المحتاج، للخطيب الشربيني ، جـ١، صـ٣٧٧.

(٣) رواه الأمام أحمد في مسنده، ك باقي مسند الأنصار، باب حديث السيدة عائشة رضي الله عنها، رقم ٢٣١٧٢، جـ٦ صـ٣٦٤ ، وأبو داود، في سننه، كتاب الجنائز باب في الحفار يجد العظم ، جـ٣ صـ٥٤٣، ٥٤٤، وصححه الألباني في : إرواء الغليل ، جـ٣ صـ ٢١٢، ٢١٤، سبق تخريجه صـ٣٤٥.

(٤) رواه ابن ماجه في سننه ، كتاب ما جاء في الجنائز، باب النهي عن كسر عظم الميت، رقم ١٦٠٦، جـ١ صـ٥١٦ ، وفي إسناده راو مجهول، ينظر : أرواء الغليل، للألباني جـ٣ صـ ٢١٥، ٢١٦.

وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث دل على أن حرمة الميت كحرمة الحي، وكما لا يجوز شق بطن الحامل في الحياة كذلك لا يجوز بعد موتها[1]، كما أنه يقاس عدم جواز شق البطن على عدم جواز كسر العظم.

ويجاب عن ذلك: أن شق البطن في حالة إنقاذ الجنين الذي يُرجى حياته ليس فيه إهانة للميت وإنما المقصود منه إنقاذ النفس المحرمة من الهلاك والتي هي مقصد من مقاصد الشريعة المتمثل في حفظ النفس[2] وأما القول بأنه لا يجوز شق بطن الحامل في الحياة، فهذا يخالف الواقع الذي يشهد يومياً إجراء جراحات تقوم على شق بطن الحامل لاستخراج الجنين لاستحالة الولادة الطبيعية فيقوم الطبيب بأجراء جراحة (ولادة قيصرية في حالة التمزق الرحمي) تقوم على شق بطن الحامل وإخراج الجنين[3].

كما أن قياس شق البطن على قياس كسر العظم قياس باطل؛ لأنا لم نكسر لها عظماً، ثم إنه من المحال أن يريد رسول الله -ﷺ- النهي عن غير كسر العظم، فلا يذكر ذلك ويذكر كسر العظم[4].

٢- أن سلامة الجَنين مشكوكة، لأنه لو خرج حياً فالغالب المعتاد أنه لا يعيش[5]، فلا يجوز هتك حرمة متيقنة (حرمة جثة الحامل) لإبقاء حياة موهومة (حياة الجنين في بطن الميتة).

---

(١) المبدع ، لابن مفلح جـ٢ صـ٢٧٩ ، كشاف القناع للبهوتي، جـ٢ صـ١٦٩.

(٢) المستصفى ، للغزالي ط الأولى مطبعة البابي الحلبي بمصر ١٣٥٦هـ جـ١ صـ ٢٧١ ، وما دام أن المقصد من الفعل موافق للشرع فيجوز أتيانه لأن القاعدة تقضي (بأن الأمور بمقاصدها) الموافقات للشاطبي جـ٢ صـ٢٢٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٢٧ ، الاشباه والنظائر للسيوطي صـ٨.

(٣) السلوك المهني للأطباء، د/ راجي عباس التكريتي، دار الأندلس للطباعة والنشر، ط الثانية١٤٠٢هـ صـ٣٣٧، ٣٣٨ ، وليست هذه هي الحالة الوحيدة التي تشق فيها بطن الحامل بل يتم ذلك في حالة "الحمل المنتبذ" وهي حالة نادرة يكون الجنين فيها خارج الرحم في قناة المبيض التي تؤدي إلى الرحم ، وهذا الجنين لا يمكن أن يبقى حياً بل يموت بطريقة أو بأخرى، مما يهدد حياة الأم، وبالتالي فالحمل المنتبذ يعد تبريرا واضحاً لإنهاء الحمل، ينظر: الموسوعة الطبية الحديثة ، لمجموعة من الأطباء، جـ١ صـ٢٣.

(٤) تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة، د/ الغريب إبراهيم محمد الرفاعي صـ ٥٤.

(٥) المبدع ، لابن مفلح، جـ٢ صـ٢٧٩ ، كشاف القناع، للبهوتي، جـ٢ صـ١٦٩، حاشية الدسوقي، جـ١ صـ٤٧٤ ، منح الجليل، للشيخ عليش، جـ١ صـ٣١٩.

وقد نوقش هذا : أن القول بإن سلامة الجنين مشكوكة والغالب أنه لا يعيش، أمر فيه افتراء على الله تعالى لأن عيش الجنين أو موته بعد خروجه مرده إلى الله، وقد أشترط الفقهاء ما يوجب غلبة الظن بحياة الجنين، وذلك ببلوغه ستة أشهر فأكثر وهي مدة يغلب على الظن فيها حياته[1] فانتهى وصف الحياة بكونها موهومة، وأصبح الوهم يقابل غلبة الظن[2] وبالتالي فإن حرمة الحي والحظر في إهلاكه أبلغ من ذلك الشق وأشد[3].

٣- أن في الشق مُثلة ، وقد نهى النبي -ﷺ- عن المُثْلَة[4].

ويمكن مناقشة الاستدلال بهذا النهي: بأن المثلة تتحقق عندما يكون المقصود من الشق التحقير أو النكاية[5] أو لم يكن للشق مسوغ مشروع، وما نحن فيه مجرد شق للبطن اضطررنا له[6]، أما بخصوص الجرح فيمكن دفعه بإخاطة البطن بعد إخراج الجنين منها، وقد أشار إلى هذا الإمام أحمد بن يحيى المرتضى حيث قال: " ويُشق أيسره لاستخراج حمل تحرك أو مال عُلم بقاؤه غالباً ثم يخاط "[7].

---

(١) شرح الخرشي جـ ٢ صـ٤٩، حاشية الدسوقي جـ١ صـ٤٧٤ ، منح الجليل للشيخ عليش، جـ١ صـ٣٢٠، المجموع للنووي جـ٥ صـ٣٠١، نهاية المحتاج للرملي جـ٣ صـ٣٩، مغني المحتاج للشربيني جـ١ صـ٣٧٧، المحلى لابن حزم جـ٥ صـ١٦٦.

(٢) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي ، صـ ٢١٧، ويشهد لذلك حياة الجنين الذي أمر الإمام أبو حنيفة -رحمه الله - بشق بطن أمه، ينظر : الأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٨٨، وهناك حادثة مثلها نقلها بعض المالكية أختلف فيها أشهب وابن القاسم فأجاز أشهب الشق ومنعه ابن القاسم، فأخذ بقول أشهب وعاش الجنين، ينظر : الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لابن غنيم، جـ١ صـ٣٥١.

(٣) المحلى، لابن حزم، جـ٥ صـ١٦٦، ١٦٧ ، السيل الجرار، للإمام محمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٠هـ ، ط/ المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، القاهرة تحقيق/ قاسم غالب أحمد وآخرون، جـ١ صـ٣٣٦.

(٤) أخرجه الإمام البخاري في " صحيحه " بسنده عن عبدالله بن يزيد الأنصاري -رضي الله عنه- قال : نهى النبي -ﷺ- عن النُّهْبى والمثلة "، كتاب: المظالم والغصب، باب: النهبى بغير إذن صاحبه، رقم ٢٢٩٤ جـ٢صـ٧٢.

(٥) والمُثْلَة : التنكيل في العقوبة ، يقال : مَثَل ومَثّلَ بفلان : إذا جدعه وأظهر آثار فعله عليه تنكيلاً ، المصباح المنير، صـ٢١٥، والقاموس المحيط جـ٤صـ٤٨، ٤٩، والمثلة تكون بقطع الأنف أو الأذن أو أي عضو على سبيل التشويه والانتقام، ينظر: مختار الصحاح، صـ٦٥١، والمعجم الوسيط، جـ٢، صـ٨٥٣.

(٦) فقه الجنائز، د/ أحمد محمود كريمه، ط ١٩٩٩م، صـ٦٢.

(٧) حدائق الأزهار ، للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى ت٨٤٠هـ مع شرحها " السيل الجرار" للشوكاني، جـ١، صـ٣٣٦، ٣٣٧.

وقد علل الإمام الشوكاني — رحمه الله — الأمر بالإخاطة بقوله: " لئلا يكون منظره قبيحاً "[1].

الرأي الراجح :

بعد ذكر آراء الفقهاء في مسألة شق بطن الحامل لإخراج الجنين المرجو حياته وأدلتهم، ومناقشة أدلة الرأي الثاني، فإنه يترجح في نظري —والله أعلم— أن أرجح الرأي الأول وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز شق بطن الحامل لإخراج جنينها الذي ترجى حياته؛ وذلك للآتي:

أولاً : قوة أدلة أصحاب الرأي الأول وسلامتها من المناقشة خلافاً للرأي الثاني .

ثانياً: أن ما يدل على جواز شق البطن وإخراج الجنين الحى، أنه إذا تعارضت المصالح والمفاسد قدم أعلى المصلحتين وارتكب أهون المفسدتين[2]، وذلك لأن سلامة البطن من الشق مصلحة وسلامة الولد ووجوده حياً مصلحة أكبر، وأيضاً فشق البطن مفسدة، وترك المولود الحي يختنق في بطنها حتى يموت مفسدة أكبر، فصار الشق أهون المفسدتين[3] لأن انتهاك حرمتها هو أخف من جريمة قتل النفس البريئة[4].

ثالثاً: أن من بين القائلين بعدم جواز شق بطن الحامل من أجل إنقاذ الجنين الذي يتحرك في بطنها، من يرى جواز شق بطن الميت إذا بلع مال غيره بغير إذنه، ولم يبذل ورثته لصاحب المال حقه[5]، ولا شك أن إنقاذ حياة الجنين أولى من إنقاذ المال، وعلى هذا الأساس أباح الفقهاء منذ عدة قرون، شق بطن الحامل الميتة لإخراج جنينها الذي له ستة أشهر فما فوق إذا ترجح حياة الولد في بطنها، فإذا كان الجنين حياً يتحرك، فإنه يشق بطنها دون انتظار ويخرج الولد، لأن مصلحة

---

(١) السيل الجرار، للشوكاني، جـ١، صـ٣٣٧.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٨٧،٦٢، الأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٧٦، والمدخل الفقهي العام، للأستاذ/ مصطفى الزرقا، جـ٢صـ٩٨٤، وشرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد الزرقاء، صـ١٤٧.

(٣) المختارات الجلية، للشيخ عبدالرحمن بن ناصر بن سعدي، ط المدني ١٣٧٨هـ صـ٣٢٠.

(٤) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٥، صـ١٣٠، التاج والإكليل، للعبدري، جـ٢، صـ٢٥٤، نهاية المحتاج، للرملي، جـ٣، صـ٣٩، المغني، لابن قدامة، جـ٢، صـ٤١٣، المحلى، لابن حزم، جـ٥، صـ١٦٧، السيل الجرار، للشوكاني، جـ١، صـ٣٣٦.

(٥) شرح الخرشي، جـ ٢ صـ٤٩، منح الجليل، للشيخ عليش، جـ١ صـ٣١٩ ، الإنصاف، للمرداوي، جـ٢ صـ٥٥٤ ، كشاف القناع، للبهوتي، جـ٢ صـ١٦٨ ، المبدع، لابن مفلح، جـ٢ صـ٢٧٨.

إنقاذ الحي أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ (سورة المائدة، من الآية ٣٢)، كما أن القواعد الكلية الشرعية تقضي أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، فإنها تسمح شرعاً بشق بطن الحامل الميتة لإخراج جنينها الحي[١].

وقد حكى بعض فقهاء المذهب الحنفي عن الإمام أبي حنيفة –رحمه الله– : "أنه أمر بشق بطن الحامل"[٢] ولما سُئل صاحبه الإمام محمد بن الحسن الشيباني –رحمه الله– عن المسألة نفسها قال: "يشق بطنها ويخرج الولد لا يسع إلا ذلك"[٣].

وجاء في حاشية ابن عابدين الحنفي بأنه إذا ماتت حامل وولدها حي يضطرب يشق بطنها من الأيسر ويخرج ولدها، ولو مات الولد في بطنها وهي حية وخيف على الأم قُطِّع الولد وأخرج[٤].

وقال الإمام النووي في المجموع، "إذا ماتت امرأة وفى جوفها جنين حي شق جوفها واخرج"[٥].

وقال ابن قدامة في المغني: "ويحتمل أن يشق بطن الأم (الميتة)، إن غلب على الظن أن الجنين يحيا، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه إتلافُ جزء من الميت لإبقاء حي ، فجازَ"[٦].

وقال ابن حزم الظاهري في المحلى: "ولو ماتت امرأة حامل والولد حي يتحرك قد تجاوز ستة أشهر فإنه يشق بطنها طولا ويخرج الولد"[٧].

---

(١) دار الإفتاء المصرية. فتوى رقم ٨٨، ج٢١٢، ص٣١٣.
(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ٨٨.
(٣) الفتاوى الهندية ، صـ١٥٧ ، ١٨٨.
(٤) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، جـ١ ، صـ٦٢٨.
(٥) المجموع شرح المهذب، للنووي، جـ٥، صـ٣٠١.
(٦) المغني، لابن قدامة، جـ٢ ، صـ٤١٣ — ٤١٤.
(٧) المحلى، لابن حزم، جـ٥، صـ١٦٧.

وجاء في مغني المحتاج "أنه لو دفنت امرأة وفي بطنها جنينها حي ترجى حياته بأن يكون له ستة أشهر فأكثر نبش قبرها وشق جوفها وأخرج تداركاً للواجب لأنه يجب شق بطنها قبل الدفن، وإن لم ترج حياته لم ينبش"(١).

كما انتهى الفقه المعاصر إلى جواز شق بطن الأم الميتة، التي ماتت حاملاً، والجنين حي يتحرك في أحشائها وترجى حياته بعد إخراجه، وذلك لأن هذا الشق يطابق وظيفة الأم الطبيعية ولا يكون فيه تشويه أو تمثيل لجثتها، كما أنه إعمالاً للقواعد الشرعية: الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف التي يساندها الكتاب والسنة والإجماع(٢).

---

(١) مغني المحتاج، للخطيب الشربيني، جـ١، صـ٢٠٧.

(٢) الفتاوى الإسلامية، للإمام الأكبر/جاد الحق، مجلد ١٠، صـ٣٧١٣، مائة سؤال وجواب لفضيلة الشيخ/ محمد متولي الشعراوي، جـ١، صـ٧٩، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة د/ بلحاج العربي، صـ٦٤، علم التشريح عند المسلمين د/ محمد علي البار، صـ٤٤، المختارات الجلية، للشيخ بن سعدي، صـ٣٢٠، أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٢١٦.

الفرع الثاني

حكم شق بطن الميت لإخراج المال الثمين

إذا أدخل شخص في جوفه أو في جسده (بابتلاع ونحوه) مالاً ثميناً من لؤلؤة أو جوهرة أو قطعة ذهب أو فضة ونحوها، مما يبقى ولا يستهلك عينه، ثم مات فهل يجوز شرعاً شق بطنه لإخراج هذا المال ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول :

أنه لا يشق مطلقاً (سواء كان المال له أو لغيره)، وذلك لأن الأصل في الشق أنه حرام، وحرمة النفس أعظم من حرمة المال، كما أن حرمة الميت (وهو حق الله تعالى) أعظم من حرمة المال (وهو حق العباد فقط)، لقوله عليه الصلاة والسلام: " كَسْرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِهِ حَيًّا "[1]. فيغرم بمثله إن كان من ذوات الأمثال، وبقيمته إن كان من ذوات القيم، وذهب إلى ذلك الحنفية[2] وبعض المالكية[3]، قال الإمام ابن نجيم —رحمه الله—" أنه لا يجوز شق بطن الآدمي من أجل المال، لأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة المال[4].

(١) سبق تخريجه، ٣٦٨ من هذا البحث.
(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، جـ٥، صـ١٢٩.
(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل، جـ٢، صـ١٤٥.
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم، جـ٢، صـ٨٨.

وأستدلوا على ذلك: بأنه لا يجوز إبطال حرمة الآدمي لصيانة المال ؛ لأن في الشق إبطالاً لحرمة الأعلى وهو الآدمي لصيانة حرمة الأدنى وهو المال[1].

الرأي الثاني:

أنه يشق بطن الميت مطلقاً، سواء كان المال له أو لغيره، قليلاً كان أو كثيراً، وذلك بالنظر إلى حق العباد وتحريم إضاعة المال. ولأنه لا ضرر في الشق على الميت، وفيه صيانة المال المنهي شرعاً عن إضاعته، وأداء الحق إلى ذويه، ويخاط ما شقوه من جثته بعد إخراج المال لئلا يكون منظره قبيحاً.

ذهب إلى ذلك المالكية[2] وبعض الأحناف[3] والظاهرية [4] والإمام الشوكاني[5].

واستدلوا على ذلك: بأن النبي -ﷺ- قد نهى عن " إضاعة المال"[6]، فإخراجه واجب، والميت هو الجاني على نفسه فلا حرج في شق بطنه[7].

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، جـ٤صـ٢٥، شرح فتح القدير، جـ٢صـ١٠٢.

(٢) الفواكه الدواني، جـ١صـ٣٠٢، ٣٠٣، التاج والإكليل، للعبدري، جـ٢، صـ٢٥٣ ، قال فيه : أنه إذا كان المال كثيراً يشق بطن الميت مطلقاً، سواء كان المال له أو لغيره، لأن في ذلك نفعاً للورثة ودفعاً للضرر عن المالك برد ماله إليه.

(٣) تكملة البحر الرائق، للطوري، جـ٨، صـ٢٣٣.

(٤) المحلى، لابن حزم، جـ٥، صـ١٦٦، حيث قال : بأنه يجوز شق بطن الميت لاستخراج جوهرة ابتلعها لأنه لا ضرر في ذلك على الميت، ويلحق الضرر بصاحب الجوهرة، لصحة ما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال، ولا يجوز أن يجبر صاحب المال على أخذ غير ماله مادام عين ماله ممكناً لأن كل ذي حق أولى بحقه.

(٥) السيل الجرار، للشوكاني، جـ١، صـ٣٣٦.

(٦) أخرج البخاري ومسلم بسندهما عن المغيرة بن شعبة -ﷺ- قال : قال رسول الله -ﷺ- : " إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ عُقُوقَ الْأُمَّهَاتِ وَوَأْدَ الْبَنَاتِ وَمَنَعَ وَهَاتِ وَكَرِهَ لَكُمْ قِيلَ وَقَالَ وَكَثْرَةَ السُّؤَالِ وَإِضَاعَةَ الْمَالِ ".
صحيح البخاري، كتاب: الاستقراض وسداد الديون، باب: ما ينهى عن إضاعة المال، رقم ٢٢٣١، جـ٢صـ٥٩، وصحيح مسلم، كتاب: الأقضية ، باب: النهي عن كثرة المسائل، رقم ٣٢٣٧، جـ١٢صـ١٠.

(٧) الفواكه الدواني، لابن غنيم، جـ١صـ٣٠٢، ٣٠٣، والمحلى، لابن حزم الظاهري، جـ٥ صـ١٦٦، السيل الجرار، للشوكاني، جـ١صـ٣٣٦، ٣٣٧.

الرأي الثالث: ويرى أصحابه التفرقة بين ما إذا كان المال للميت أم لغيره.

فإن كان المال للميت: فقد ذهب الحنابلة والشافعية إلى أنه لا يشق لأن ذلك استهلاك منه لماله في حياته[1]، وقد ورد عن أصحاب هذا الرأي أيضاً : أنه في هذه الحالة – إذا كان المال للميت – يفرق بين ما إذا كان المال يسيراً أو كثيراً، فإن كان يسيراً تُرك ، وإن كان كثير القيمة شُق بطنه وأُخرج؛ لأن في الشق حفظاً للمال عن الضياع، ونفعاً للورثة الذين تعلق حقهم بماله في مرضه.

وإن كان المال لغيره: فإذا طلبه صاحبه، فإن بطنه تشق ويخرج المال من جوفه إن كان كثيراً، لأن فيه دفعاً للضرر عن المالك برد ماله إليه، وعن الميت بإبراء ذمته، وعن الورثة بحفظ التركة لهم[2].

ذكر الإمام النووي في المجموع: أنه إذا بلع الميت جوهرة لغيره وطالب بها صاحبها يشق جوفه وترد الجوهرة[3]، وجاء في مغني المحتاج: أنه لو بلع الميت مالاً لغيره وطالبه صاحبه ولم يضمن مثله أو قيمته أحد من الورثة أو غيرهم نبش وشق جوفه وأخرج منه المال ورد لصاحبه[4].

وفي وجه للحنابلة ضعيف: لا يشق بطنه ويغرم من تركته ؛ لأنه إذا لم يشق من أجل الولد المرجو حياته فمن أجل المال أولى[5].

الرأي المختار :

بعد العرض السابق لهذه الآراء والوقوف على أدلتها فإني أميل إلى الأخذ بالرأي الثاني الذي يرى جواز شق بطن الميت إذا ابتلع مالاً سواء أكان له أم لغيره، ولكن بعدة ضوابط:

---

(١) نهاية المحتاج للرملي، جـ٢، صـ١٤٥، الإنصاف، للمرداوي، جـ٢، صـ٥٥٤.
(٢) المراجع السابقة.
(٣) المجموع للنووي، جـ٥، صـ٣٠٠.
(٤) مغني المحتاج، للخطيب الشربيني، جـ١، صـ٣٠٠.
(٥) الحاوي الكبير، للإمام الماوردي ت ٤٥٠هـ جـ٣صـ٦٢، ط / دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، مغني المحتاج للشربيني جـ١صـ٣٦٦، حاشية قليوبي جـ١صـ٣٥٢، المغني والشرح الكبير،جـ٣صـ٣٥٢، ٣٥٣.

١- أن يُقيد المال بالكثير أو الأشياء ذات القيمة كالدرة أو الجوهرة أو الخاتم، وذلك دفعاً للضرر الأكبر – النازل بالغير أو بالورثة والمتمثل في تفويت المال عليهم – بارتكاب الأخف وهو المساس بجثة الميت، لاسيما وقد ذكر العلماء هذه المسألة مخرجة على قاعدة " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما "[١].

٢- إذا كان لابد من شق بطن الميت لهذا الغرض، فإنه يستوجب عدم إهانة الجثة وعدم التعريض بها، والتعامل معها بأدب واحترام [٢]، لقوله عليه الصلاة والسلام: " كَسْرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِهِ حَيًّا " [٣]، وفي رواية أخرى: " إِنَّ كَسْرَ عَظْمِ الْمُؤْمِنِ مَيْتًا مِثْلُ كَسْرِهِ حَيًّا "[٤]، وهذا يدل دلالة واضحة على حظر المساس بالجثة وتحريم إهانتها[٥]، فلا يتعدى عليها بشق أو كسر لغير مصلحة راجحة أو حاجة ماسة[٦] وخاصة مع تطور الوسائل الطبية الحديثة التي يمكن بواسطتها شق بطن الميت دون مثلة أو إهانة [٧].

٣- عدم وجود أحد من الورثة يلتزم بدفع قيمة المال أو مثله، على أساس مصلحة عدم إضاعة المال والحفاظ على حقوق الغير التي هي شرعاً أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت [٨] لأن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية، ذهبوا إلى أن جثة الميت اجتمع فيها حق الله تعالى (وهو

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي صـ٦٢ ، شرح المجلة، للشيخ سليم رستم باز اللبناني، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، الثالثة ، بدون تاريخ . جـ١صـ٣٢.
(٢) الفتاوى الإسلامية، لفضيلة الإمام الأكبر/جاد الحق، مجلد ١٠ ، ص٣٧١٣، ومائة سؤال وجواب للشيخ الشعراوي، جـ١ ، صـ٧٩، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٢٠٦.
(٣) سبق تخريجه صـ ٣٦٨ من البحث .
(٤) سبق تخريجه ٣٦٩ من البحث.
(٥) الانتفاع بأجزاء الآدمي، للشيخ/ عصمت الله محمد، صـ١١٨.
(٦) ولهذا جاء في كتب بعض الحنابلة أنه يحرم قطع شيء من أطراف الميت وإتلاف ذاته وإحراقه ولو أوصى به. ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، جـ٢، صـ١٢٧.
(٧) علم التشريح عند المسلمين، د/ محمد علي البار، صـ٤٥.
(٨) فلا يشق بطن الميت شرعاً إلا عند عدم وجود من يلتزم بدفع قيمة المال أو مثله، لأن حرمة الميت (حق لله تعالى) هي أعظم درجة من حرمة المال (حق العباد).

حرمة الميت) وحق العباد (وهم الورثة)، فلابد من مراعاة الحقين ما أمكن[1] لقوله تعالى: "فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ" (سورة التغابن، من الآية ١٦)، فالميت يتألم بما يتألم به الحي، لقوله عليه الصلاة والسلام: " أذَى الْمُؤْمِن فِي مَوْته كَأَذَاهُ فِي حَيَاته "[2]، ولهذا فإنه يحرم شق بطن الميت أو قطع شيء من أطرافه لغير مصلحة راجحة يقرها الشرع، وضرورة الموازنة بين الحقوق الشرعية وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر وأن تعامل الجثة باحترام مصداقاً لتكريم الشرع للإنسان حياً أو ميتاً في قوله عز وجل: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ" (سورة الإسراء، من الآية ٧٠).

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جـ١، صـ٤٢٩، كشاف القناع، للبهوتي، جـ٢، صـ١٤٥، نهاية المحتاج، للرملي، جـ٣، صـ٣٩، المسائل الطبية المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها، علي جفال، صـ٣٠ وما يليها.

(٢) عون المعبود شرح سنن أبي داود ، أخرجه بن أبي شيبة، عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً، جـ٣ صـ٢٤٥ وَقَالَ الْمُنْذِرِيُّ : وَالْحَدِيث أَخْرَجَهُ اِبْن مَاجَهْ.

الفرع الثالث

حكم إخراج الجثة من ماء عميق أو غار أو كهف

إذا مات شخص في بئر، فإن أمكن إخراجه بلا تقطيع أو تمثيل به، وجب ذلك لتكريمه بتأدية فرض غسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه [1]، وإن لم يمكن إخراجه بالكلية، أو لم يمكن إلا مقطعاً، فإن الأمر لا يخلو من أحد احتمالين:

الأول: ألا يكون هناك حاجة لهذا البئر فتردم عليه ليصير قبراً له، وذلك لأن الميت المسلم يدفن حيث مات، ولا يجوز نقله إذا كان يترتب عليه التمثيل به، لأن المسلم محترم حياً وميتاً[2].

الثاني: إذا كانت ثمة حاجة إلى البئر لأهل القرية أو المارة عليها، فإنه يخرج مطلقاً رغم صعوبة الإخراج، ولو بالكلاليب ونحوها، ولو أدى ذلك إلى التمثيل به وتقطيعه، لأن فيه جمعاً بين حقوق كثيرة: أهل القرية، ونفع المارة، وغسل الميت وتكفينه ودفنه، وربما كانت المثلة في بقائه ودفنه أعظم حيث يصيبه التلف بأن يتحلل وينتن [3].

وكذلك الشخص الذي سقط في غار أو كهف ثم مات، فإن أمكن إخراجه بلا تقطيع أو تمثيل به وجب القيام بذلك شرعاً، وإن لم يمكن إخراجه بالكلية أو لم يمكن إلا متقطعاً، دفن في الغار وردم عليه حتى يصان عن السباع والضباع والكلاب وغيرها [4]، عملاً بقوله جل وعلا: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ﴾ (سورة التغابن، من الآية ١٦)، ومن هنا نستطيع القول بكل حزم، بأن الشريعة الإسلامية تحمي الإنسان قبل المهد وهو جنين في بطن أمه كما تحميه إلى ما بعد اللحد وهو في القبر.

---

(١) المغني، لابن قدامة، جـ٢، صـ٤٠٧ و٤٠٨.

(٢) فالميت المسلم يدفن حيث مات، أحكام الجنائز، الشيخ عبدالعزيز بن باز، صـ٦١. والسنة العملية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة الكرام أن يدفن الموتى في مقابر البلد الذي ماتوا فيه، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، فتاوى إسلامية، جـ٢، صـ١٥ و١٦.

(٣) كشاف القناع، للبهوتي، جـ٢، صـ١٣٢.

(٤) من أحكام الجنائز لفضيلة الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله، صـ٥٥.

الفرع الرابع

حكم المساس بالجثة من أجل زرع الأعضاء (الكبد)

المساس بالجثث للمصلحة:

لقد أباح الفقهاء الأجلاء تشريح الجثة بناء على المصالح الراجحة، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر، فأباح كثير من الفقهاء شق بطن الميت إذا بلع جوهرة أو مالاً لغيره ، وأباح أغلبهم شق بطن المرأة الميتة إذا كان في بطنها حمل قد تجاوز ستة أشهر بيقين، كما أنه صدرت في العصر الحديث الكثير من الفتاوى التي تجيز تشريح الميت ونقل أعضائه[1] وقد نص مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ صفر ١٤٠٨هـ الموافق٦-١١ فبراير ١٩٨٨م على أنه :

"يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له"[2].

وإذا صح أن كثيراً من الفقهاء أباحوا انتهاك حرمة الميت وأجازوا شق بطنه من أجل المال فإن شق جسد الميت وأخذ عضو من أعضائه وإحياء نفس هو أولى من ذلك[3]، فمتى اعتبر الشخص ميتاً وفقاً للمعيار الطبي الحديث فإنه يخرج من عداد الأحياء، لأن

---

(١) ومنها فتوى الشيخ حسن مأمون في ٩ يونيه ١٩٥٩م برقم (١٠٦٥) المجلد رقم ٧ صـ ٢٤٩٥، وفتوى أخرى لفضيلته في ١٤ أبريل ١٩٥٩م، فتوى رقم (١٠٨٧) المجلد رقم ٧ صـ ٢٥٥٤، وفيها إباحة غرس القرنية من المتوفين المجهولي الهوية ومن أولئك الذين وافقوا في حياتهم على نقل قرنياتهم بعد وفاتهم، منشورات المجلس الأعلى، وزارة الأوقاف، القاهرة ، ١٩٨٢ ، وفتوى الشيخ هريدي ١٩٦٦م فتوى برقم (٩٩٣)مجلد رقم ٦ صـ ٢٢٧٨ ، ٢٢٨٢ ، وفيها أباح زرع الأعضاء من الموتى مجهولي الهوية ومن الذين وافقوا في حياتهم على ذلك على أن تنتزع الأعضاء بعد وفاتهم، وفتوى الشيخ خاطر ١٩٧٣م وفيها أباح سلخ الجلد من الموتى المجهولي الهوية ، المجلد رقم ٧ صـ٢٥٠٥، ٢٥٠٧، وفتوى الشيخ جاد الحق ١٩٧٩م برقم (١٣٢٣) المجلد رقم ١٠ صـ ٣٧٠٢، ٣٧١٥ ، وفيها أباح الزرع الذاتي والزرع من الأحياء والأموات بشروط.

(٢) قرار رقم : ٢٦ (٤/١) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، مجلة المجمع ، العدد رقم ٤، جـ١ صـ ٨٩.

(٣) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، د/ محمد على البار، صـ١٦٤.

الحي هو من قامت به الحياة، وهي ضد الموت فهي صفة لمن قامت به الحركة الإرادية[1] ويدخل في عداد الأموات ويسري عليه القواعد الكلية في الفقه الإسلامي والتي تجيز المساس بالموتى كلما دعت الضرورة[2] إلى ذلك، ومنها إنقاذ حياة المرضى المعصومين والميئوس من حياتهم، عن طريق الحصول على أعضاء الزرع، استناداً إلى الضرورة الشرعية، وما يستدعيه ذلك من استمرار أجهزة الإنعاش الصناعي من أجل مصلحة الأحياء[3] التي تتمثل في المحافظة على العضو من التلف حتى يتم نقله إلى المريض المحتاج إليه.

ولذلك فإن نقل الكبد من المتوفى وزرعه للمريض المحتاج إليه يعد من جملة الدواء المشروع والمأمور به شرعاً[4] لأنه يؤدي إلى إنقاذ حياة مريض ميئوس من شفائه فمصلحته أولى بالرعاية من مصلحة مريض قضى نحبه، لأن مصلحة الحي أكد من مصلحة الميت[5].

ومن هذا المنطلق، ومن أجل إنقاذ حياة المريض الميئوس من شفائه، وإعمالاً لحالة الضرورة فإنه يمكن القول بأن الاستقطاع الذي استوفى شرائطه وضوابطه من إنسان تعدت حالته مرحلة "موت الدماغ" يكون جائزاً شرعاً، ولا يعد استقطاع عضو كالقلب أو الكبد مثلاً قتلاً له[6].

وبالتالي فإن المساس بالمتوفى من أجل الحصول على عضو لزرعه في جسم مريض محتاج إليه هو نوع من العلاج المأذون به شرعاً وجائز طالما أن المريض قد أوصى بذلك أو أقر أهله ذلك أو أقره ولي الأمر في حالة عدم وجود أقارب للمتوفى.

---

(١) بلغة السالك، جـ١ صـ١٧.

(٢) فعامل الضرورة هو الذي تسوغ معه هذه التصرفات وتعدوا من باب الفعل المأذون فيه شرعاً، المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج ، د/ عبدالستار أبوغدة، بحث مقدم إلى المؤتمر الطبي العالمي الثاني المنعقد بالكويت ١٩٨٢م، صـ١١١.

(٣) الإجراءات الطبية الحديثة د/ أحمد شرف الدين صـ١٥٣، الخبرة العلمية الحديثة وصلتها بالاجتهاد، د/ أحمد عروه، بحث مقدم للملتقى الفكري الإسلامي العالمي المنعقد بالجزائر يوليو ١٩٨٣م صـ٤٤.

(٤) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، د/ محمد على البار، صـ١٦٤.

(٥) المجموع شرح المهذب، للنووي جـ٩ صـ٥٣.

(٦) الإجراءات الطبية الحديثة د/ أحمد شرف الدين صـ١٥٣، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر ، صـ٤٣٩.

صــفوة القــول:

بعد عرض وجهة نظر كل من فقهاء القانون المدني، وفقهاء الشريعة الإسلامية حول مشروعية المساس بجثة المتوفى، يتضح أن الآراء القانونية والشرعية أطبقت على وجوب تكريم جثة الميت وعدم المساس بها أو إهانتها، ومع ذلك فقد ذهب الفريقان إلى جواز المساس بجثة المتوفى إذا كان ذلك لتحقيق مصلحة مشروعة، ولعل أبلغ شئ على ذلك هو السماح بتشريح الجثث للأغراض العلمية، أو الجنائية، أو المرضية في نطاق القانون، أو التطبيقات التي ذكرها الفقهاء في مسائل شق بطن الميتة لإخراج الجنين الذي ترجى حياته ، أو لإخراج المال الذي ابتلعه المتوفى، علاوة على جواز التشريح على النحو السابق بيانه، المهم أن يتم المساس بالجثة دون التعرض لها بالإهانة ودون أن يكون ذلك مقابل أي شئ مادي، وأن تكون هناك موافقة من أصحاب الشأن سواء كانت هناك وصية من المتوفى، أو بموافقة أسرته أو الدولة في حالة مجهولي الهوية.

وبناءً على ذلك نستطيع أن نقرر أنه يجوز المساس بجثة المتوفي من أجل عملية نقل وزراعة الكبد، وأنه لا مانع من ذلك سواء لدى فقهاء القانون، أو لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ولكن ذلك لابد وان يتم في إطار المشروعية، ومع مراعاة مجموعة من الضوابط والتي هي مجال دراستنا في الفصل التالي.

الفصل الثالث
ضوابط استئصال الأعضاء من جثة المتوفي في القانون المدني والفقه الإسلامي

إن استئصال الأعضاء من جثة المتوفى لا يمكن أن يترك للأهواء والاجتهادات ولكن لابد من ضوابط قانونية وشرعية يمكن من خلالها المساس بجثة المتوفى لانتزاع أعضائه لزرعها لمريض في حاجة إليها ، ولمعرفة الضوابط القانونية والشرعية التي تحكم عملية نقل الأعضاء من جثث الموتى، فإنه ينبغي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ضوابط استئصال الأعضاء من جثة المتوفى في القانون.

المبحث الثاني: ضوابط استئصال الأعضاء من جثة المتوفى في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول
ضوابط استئصال الأعضاء
من جثة المتوفى في القانون

ضوابط الاستئصال من الجثث

لا يمكن أن يتم استئصال عضو من الجثة إلا وفقًا لضوابط معينة فلابد من الإذن بهذا الاستقطاع وقد يصدر هذا الإذن من المتوفى نفسه أثناء حياته، أو من أوليائه (أسرته أو أقاربه) بعد وفاته، طالما أنه لم يعبر عن رأيه وإرادته قبل وفاته، كما أنه لابد وأن يكون الهدف من هذا الاستقطاع مشروعاً ، ولذا فإنه ينبغي التعرض لهذه الأمور في المطالب الآتية.

المطلب الأول: موافقة المعطي قبل وفاته.
المطلب الثاني: موافقة الأسرة على التصرف في جثة المتوفى.
المطلب الثالث: أن يكون الهدف من استئصال الأعضاء من الجثة مشروعاً.

المطلب الأول

موافقة[1] المعطي قبل وفاته

صور الموافقة وضوابطها:

إذا ما عبَّر الشخص قبل وفاته عن رغبته في التصرف في جثته وكان أهلاً لهذا التصرف فيجب احترام رغبته هذه، سواء اتخذت صورة الموافقة على استقطاع أعضائه أو رفض المساس بجثته، فإرادة المتوفى تعلو من هذه الناحية على إرادة أقاربه ولا يجوز مخالفتها[2] طالما أنها تهدف إلى هدف مشروع كإنقاذ حياة الآخرين فهي بذلك لا تتعارض مع النظام العام أو الأخلاق العامة[3] خاصة وأن الإنسان هو صاحب الحق الأول في التصرف في جسده[4]، ولابد أن تتم موافقة المتوفى على نحوٍ صريح وأن تكون خالية من الإكراه، وأن يكون المعطي قبل وفاته أهلاً لهذا القبول، ولذا فإننا سوف نتناول هذه الجزئيات بشيء من التوضيح.

أولاً: أهلية المعطي قبل وفاته

من الثابت أن الشخص متى كان أهلاً للإيصاء بأن كان بالغًا عاقلاً فله الحق أن يتصرف في جثته كما يتصرف في أمواله[5] فيمكن له أن يوصي – قبل وفاته – بجثته أو

---

(١) الموافقة عند البعض تعني "التصريح عن التوافق الموجود بين إرادة الشخص الموافق وبين العمل الذي سيقوم به الشخص الآخر"، أو إنها: "الاتفاق مع إرادة شخص آخر"، ينظر: موافقة الضحية، د/ أحمد فهمي عبده، رسالة دكتوراه، باريس ١٩٦٩م، صـ٣٢.
ويستند القانون الفرنسي، في الواقع على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر أن كل شخص هو حر بإبرام أو عدم إبرام هذا الاتفاق أو ذاك الذي يقترحه عليه شخص آخر. ويشكل التصرف القانوني تصرف إراديًا دائمًا فهو إذًا التقاء مجموعة إرادات.
ينظر : G.CORNU : القانون المدني، الأشخاص، العقارات، الطبعة الرابعة ١٩٩٠م، صـ٥٣.
وراجع جميع ما سبق في: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٤١.

(٢) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد الشوا، صـ٦٨٩.

(٣) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢٠٥.

(٤) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات الزرع، د/ حسام الأهواني، صـ١٨٥.

(٥) فالإنسان هو سيد جسمه بلا منازع ، ينظر: المسئولية الطبية في قانون العقوبات، د/ محمد فائق الجوهري، صـ٩٤.

#

أجزاء منها للأغراض العلمية أو الطبية[1]، أما إذا لم تتوافر لديه أهلية الإيصاء كالمجنون أو الصبي فلا يعتد بالوصية الصادرة منه، وقد أوصت ندوة "الأساليب الطبية والقانون الجنائي" التي نظمتها كلية الحقوق بجامعة القاهرة في شهر نوفمبر ١٩٩٣م: بأنه لا يجوز نقل عضو من جثة ميت إلا بناء على وصية صحيحة صادرة عنه قبل وفاته، أو بناء على رضاء صحيح من زوجه وجميع أبنائه بعد وفاته، ويجوز أن تثبت الوصية أو الرضاء بوجه رسمي على النحو الذي يحدده القانون، ويجوز أن يحمل الشخص بطاقة يقرر فيها رضائه بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته، أو أن يسجل اسمه في سجل رسمي بعد ذلك، ضماناً لنقل العضو من جثته فور حصول الوفاة[2].

ويشترط القانون المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢م، الحصول على إقرار كتابي من الموصي وهو كامل الأهلية، أما إذا كان الشخص قاصرًا أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول على موافقة الولي على النفس (م٣).

وتقرر المادة الثانية من القانون الفرنسي رقم (١١٨١) لسنة ١٩٧٦م بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية أنه إذا كان الشخص بالغًا رشيدًا فإنه يجوز استئصال أجزاء من جثته بعد الوفاة لأغراض علاجية أو علمية بشرط ألا يكون الشخص قد أبدى — أثناء حياته — رفضه لذلك.

أما إذا كان المتوفي قاصرًا غير مأذون له بإدارة أمواله، فلا يجوز استئصال أعضاء من جثته إلا بعد الحصول على إذن من ممثله القانوني.

ويجب أن يتم هذا الإذن — وفقًا للمرسوم رقم (٥٠١) الصادر في ٣١ مارس ١٩٨٧م— كتابة ويسجل في سجل خاص يوضع في مكتب الاستقبال بالمستشفيات ويعهد به إلى موظف إداري[3].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم بأن الشخص يستطيع أن يتصرف في جثته كما يتصرف في أمواله رغم أن الجثة لا تدخل في دائرة التعامل.

Cass. Civil. 30 mars 1996, D. 1886, p. 457.

وكذلك حكم محكمة النقض البلجيكية الصادر في ٣ يوليو ١٨٨٩.

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢٠٨.

(٢) مجلة اتحاد الجامعات العربية، العدد ٤، أكتوبر ١٩٩٦م، صـ١٨٣.

(٣) المادة (١١) من المرسوم (٥٠١ — ٧٨) بتاريخ ٣١ مارس ١٩٧٨م.

أما فيما يتعلق بالقاصر المأذون له بإدارة أمواله، فلا يوجد أي نصوص خاصة في هذا الشأن، فالقاصر البالغ من العمر ستة عشرة عامًا لا يتمتع بحماية خاصة كالشخص البالغ(١)، فإذا توفي في المستشفى، فإنه يجوز استئصال الأعضاء من جثته لأغراض علاجية أو علمية؛ لأن العبارات التي وردت في قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م قد جاءت عامة، كما أن المرسوم رقم (٥٠١) لسنة ١٩٧٨م–والذي جاء لتطبيق هذا القانون — لم يحدد المقصود بالأغراض العلمية(٢).

وبذلك يكون القانون الفرنسي قد سمح للأطباء باستئصال الأعضاء من جثث القصر المأذون لهم بإدارة أموالهم، دون حاجة للحصول على إذن من أسرهم، وافترض موافقة القاصر طالما أنه لم يعترض أثناء حياته على استئصال عضو من جثته بعد وفاته.

ولكن هذا الاتجاه تعرض للنقد من جانب البعض(٣) والذي يرى ضرورة التمييز بين استئصال الأعضاء لأغراض علاجية وبين استئصالها لأغراض علمية، لاختلاف الهدف في كل منهما، وأنه ينبغي الحصول على موافقة القاصر — أثناء حياته — لاستئصال أعضاء من جثته بعد مماته ويجب أن يفسر صمت القاصر على أنه رفض لإجراء مثل هذه العمليات.

كما أن هذا القانون يؤدي لاختلاف نظام الموافقة تبعًا لنوع الاقتطاع من جثة القاصر فإذا كان الاقتطاع من أجل الزرع فيجب موافقة وليه الشرعي، أما إذا كان الاقتطاع لأي هدف آخر غير الزرع فإن ذلك لا يتطلب الحصول على موافقة الممثل الشرعي.

وهذا الأمر غير منطقي إذا اعتبرنا أن الحماية التي يجب أن يستفيد منها القاصر عامة، وأن هذا التكرار يوسع قاعدة الموافقة الضمنية وأن هذه القاعدة ليست في الحقيقة

---

(١) فطبقًا لنص المادة (٩٠٣) من القانون المدني الفرنسي، فإنه لا يجوز بأي حال للقاصر، أقل من ١٦ سنة التصرف في جثته أو أجزاء منها لمعهد علمي أو مستشفى، أما إذا كان سن القاصر أكثر من ١٦ سنة، فله طبقًا للفقرة الأولى من المادة (٩٠٤) من القانون المذكور الحق في الإيصاء بنصف الأموال التي يسمح القانون للبالغ بالتصرف فيها، ولهذا يرى البعض أنه من الممكن احترام وصية القاصر لأكثر من ١٦ سنة إذا كانت تتعلق بالتصرف في عضو من أعضاء جسمه بعد الوفاة. ينظر هذا الرأي :
Doll : La discipline, op. cit., p. 175.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢١٠.

(٣) Jacquinot (G.) : Prelevements d'organes et protection des mineurs, in lavie judiciaire, 1978, No. 1687, P. 5 et in Gaz Pal. Du 10 Fév. 1979, Doct – i – 1979, p. 58.

إلا استثناء من القاعدة الحقيقية التي تنص على حرمة وعدم التصرف بجسم الإنسان والتي تشترط وجود موافقة صريحة لأي اعتداء على التكامل الجسدي لجسم الإنسان وأن الاستثناءات يجب أن تكون محدودة[١].

ومع صدور قانون ٢٩ يوليو ١٩٩٤م نجد أنه تبني نفس المبدأ في القانون السابق فنص على أنه: "يستطيع كل شخص منذ حياته إظهار رفض أو قبول اقتطاع أحد أعضائه بعد موته بكل الطرق"[٢]، كما نص في المادة ٨ — ٦٧١ على أنه: "إذا كان الشخص المتوفي قاصرًا أو راشدًا خاضعًا للحماية القانونية فلا يمكن اقتطاع أعضائه من أجل التبرع إلا إذا أعطى كلا الحائزين على السلطة الأبوية أو وليه الشرعي موافقتهم صراحة وبشكل كتابي"[٣].

وبذلك يكون هذا القانون ومع أنه تبنى نفس النظام السابق إلا أنه قد نص على إجراءات أكثر تقييدًا فيما يتعلق بموافقة الولي أو الأولياء الشرعيين: فيتضمن اقتطاع أعضاء القاصر بعد وفاته إذا كان يملك نسبًا مزدوجًا وكان كلا أبويه أحياء وقادرين على التعبير عن إرادتهما فيجب الحصول على موافقة مزدوجة من أبيه وأمه معًا ولا يعني اختلاف أرائهما الموافقة على ذلك[٤].

وإذا كان الاقتطاع لأهداف علمية فقد أخضعت المادة ل٩ — ٩٧١ الاقتطاع للأهداف العلمية التي لا تهدف للبحث عن أسباب الوفاة للحصول على موافقة يتم التعبير عنها من قبل المتوفى نفسه أو بشهادة عائلته[٥].

أما إذا تعلق الأمر باقتطاع الأعضاء للبحث عن أسباب الوفاة فموافقة المتوفى غير مطلوبة إلا من أجل الاقتطاع الذي يتم لأهداف علمية محضة أي الذي يتم فقط من أجل إجراء أبحاث لتحقيق الفائدة العلمية[٦].

---

(١) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٦٢.

(٢) المادة ل ٧ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة.

(٣) وثيقة مجلس الشيوخ (Doc. Sénat, ١٩٩٢ – ١٩٩٣)، رقم ٦٧، المادة ٨ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة الجديد بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٩٤م.

(٤) F. GRANET: La bioéthique, étude deprojet deloin no 2600, petites affiches d'alsace, 1993, no 24, p. 2.

(٥) جريدة الجمعية الوطنية، العدد (٣٠) بتاريخ ٢٦ أبريل ١٩٩٤م، صـ٩.

(٦) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٧٠.

وبالنسبة للمشرع الأمريكي فقد وضع قانونًا موحدًا U.A.G.A.[1] وصف بأنه مجرد "نموذج" يتضمن مبادئ عامة تستهدي بها تشريعات الولايات، ونص القانون المذكور على أنه يجوز لأي شخص تجاوز سن الثامنة عشر أن يتبرع بكامل جسمه أو بجزء منه بعد مماته لأي غرض يحدده"[2].

كما تقرر المادة الثانية من القانون الدانمركي[3] الخاص باستئصال الأنسجة البشرية والعناصر البيولوجية الأخرى، أنه يمكن لكل شخص بلغ سن الحادي والعشرين أن يعطي رضائه الكتابي باستئصال الأعضاء من جثته للأغراض العلاجية أو العلمية.

ثانياً: ضرورة الموافقة الصريحة الحرة :

يشترط لاستئصال الأعضاء من الجثة، أن يصدر رضاء حر وصريح دون ضغط أو إكراه من المعطي قبل وفاته[4] فإذا ما تعرض المعطي لأي ضغط أو إكراه أيًا كان نوعه، فإنه لا يعتد بالرضا الصادر منه طالما أنه لم يصدر عن حرية واختيار، وسواء كان الضغط على المعطي صريحاً ومباشرًا أم غير ذلك كالوعد بمبلغ من النقود أو الحصول على ميزة معينة مقابل تنازله عن أحد أعضائه بعد موته[5] فإنه يخل بتوافر عنصر الرضا.

وهناك تشريعات أخذت صراحة بهذا الأمر، وصرحت على ضرورة الاعتداد بإرادة المتوفى بشأن قبوله لعمليات الاستقطاع من جثته، وتشريعات أخرى تفترض رضاء المعطي، ولذا فأنها تشترط ضرورة رفض المعطي قبل وفاته وإلا اعتبر موافق على المساس بجثته.

---

(١) وهي اختصار : Uniform Anatomical Gift Act وصدر هذا القانون في ٣٠ يوليو ١٩٦٨م وحدد في الفصل الثالث الأغراض التي تستخدم فيها الجثث والأعضاء البشرية، وهي أغراض التعليم الطبي، والأبحاث والتجارب والعلاج، مشار إليه في: نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد محمد بدوي، صـ٢٦، ١٢٢.

(٢) وأجازت تشريعات بعض الولايات الأمريكية لمن بلغ سن ١٤ عامًا التبرع بشرط موافقة الوالدين، مثل الأركانزاس، والميسيسبي، ينظر:

Ark. Stat. Ann. 82 – 411 – 14 "1977".
Miss. Code. Ann. 41 – 39 – 58 "1974".

راجع في ذلك : حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي صـ١٣٤، وما بعدها.

(٣) القانون رقم (٢٤٦) الصادر في ٩ يونيه عام ١٩٦٧م، مشار إليه في: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢٠٩.

(٤) رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٤١٥.

(٥) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢٠٦.

ففي حالة قبول الشخص الاستقطاع من جثته يكون قد عبر صراحة عن ذلك، وقد اشترطت عدة تشريعات ضرورة موافقة الشخص فإذا لم تتم هذه الموافقة لا يسمح باقتطاع الأعضاء ومنها:

المرسوم الملكي الأسباني[1] لسنة ١٩٨٠م والذي أشار في م ٢/٨ على إمكانية الشخص للتعبير عن رضائه في مجال الاستئصال من جثته[2].

التشريع المصري حيث قررت المادة الثانية من القانون المصري رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م على أنه يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها، وبالتالي فإن المشرع المصري قد تطلب ضرورة موافقة المعطي على اقتطاع العضو منه.

والمشرع الأردني قد نص في المادة (٥) من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم ٢٣ لسنة ٩٧٧م المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٠م في الفقرة (أ) أنه : للأطباء الاختصاصين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو في أي من الحالات التالية :

أ- إذا كان المتوفى قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع.

وكذلك فعل المشرع السوري[3] والمشرع الكويتي.[4]

وهناك تشريعات تسمح للسلطات العامة باستئصال الأعضاء من الجثة لزرعها في جسد إنسان حي إذا لم يعبر المتوفى صراحة — قبل وفاته — عن إرادته، ومثل هذه التشريعات تفترض في الشخص الموافقة على قبول تبرعه إذا هو لم يعبر عن رفضه الصريح.

---

(١) ينظر :

Rec : Int. lég. Sanit. 1981, p. 766.

(٢) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، ص٦٩٠.

(٣) راجع : المادة (٣) من القانون (٣١) لسنة ١٩٧٢م والمعدل بالقانون (٤٣) لسنة ١٩٨٦م لجواز نقل الأعضاء أو الأحشاء أو جزء منها.

(٤) راجع القانون الكويتي رقم (٧) لسنة ١٩٨٣م.

وهذا ما اعتبره قانون لوكسومبرج الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٥٨م حيث سمح للسلطات العامة بالمطالبة بالجثة للأغراض العلمية أو العلاجية، إذا لم يعبر المتوفى — أثناء حياته — عن إرادته باستئصال أعضاء من جثته.[١]

كما نصت المادة الثالثة من المرسوم الملكي الأسباني[٢] الخاص باستقطاع الأعضاء ونقلها على أنه "لكل شخص أن يعبر صراحة عن رفضه لأي عملية استئصال بعد وفاته سواء بإثبات ذلك في بطاقة الخدمة الصحية أو في السجل الخاص الذي تلتزم بإمساكه المنشآت الطبية التي تمارس هذه العمليات ... أو بأي وسيلة أخرى وبدون التقيد بإتباع شكلية معينة".

وتقرر المادة الثانية من القانون الفرنسي رقم (١١٨١) لسنة ١٩٨٦م بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية أنه إذا كان الشخص بالغًا رشيدًا فإنه يجوز استئصال أجزاء من جثته بعد الوفاة لأغراض علاجية أو علمية بشرط ألا يكون الشخص قد أبدى — أثناء حياته — رفضه لذلك.

وقد نظم المرسوم الخاص بهذا القانون الصادر في مارس ١٩٧٨م[٣] مسألة إثبات رفض المتوفي للمساس بجثته حيث ورد في المادة الثامنة منه على حق الشخص أن يبدي اعتراضه على عملية الاستقطاع بكل وسيلة.

وقد تبنى المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة رقم ٦٧١ — ٩٤ والصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤م نفس المبدأ الذي أرسى دعائمه في قانون ١٩٨٦م فيستطيع كل شخص منذ حياته إظهار رفضه أو قبوله اقتطاع أحد أعضائه بعد موته بكل الطرق[٤].

ومن بين المبادئ التي أعلنها قانون ٢٩ يوليو أنه من الأفضل تمامًا توعية الشعب لصالح التبرع بأجزاء ومنتوجات جسم الإنسان والحظر الوحيد هو الدعاية من أجل التبرع بأجزاء ومنتوجات من جسم الإنسان لمصلحة شخص محدد[٥].

---

(١) المادة الرابعة من قانون لوكسومبرج الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٥٨م.
(٢) Rec. Int. Lég. Sanit., 1983, p. 767.
(٣) المرسوم رقم (٥٠١ — ٧٨) لسنة ١٩٧٨م. ينظر : J.C.P. ١٩٧٨ – ٢ – ٤٧١٩٤.
(٤) المادة ل٧ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة.
(٥) المادة ل١٢ — ٦٦٥ من قانون الصحة العامة. وراجع تفصيل ذلك : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ص٢٧٧ وما بعدها، ورضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، ص٤٦٣ وما بعدها.

#

ونظرًا لكون الرضا الصادر من المتوفي قبل وفاته لابد وأن يكون صريحًا وحرًا فهنا يثور سؤال وهو حكم اقتطاع أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ الحكم؟.

كانت هذه المسألة مثال خلاف بين فقهاء القانون[١]:

١- هناك من يرى[٢] إمكانية استئصال الأعضاء من الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ الحكم.

حجة هذا الرأي:

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه قولهم بجواز اقتطاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ الحكم، بأن المصلحة الإنسانية تتطلب الاستفادة من الأعضاء المستأصلة من جسد المحكوم عليهم بالإعدام لزرعها في جسد أشخاص آخرين محتاجين إليها بهدف إنقاذ حياتهم[٣].

ويضيفون أن هذا الاستئصال يمكن أن يكون تعويضًا للمجتمع عن الضرر الذي أصابه من جراء ارتكاب المحكوم عليه جريمة قتل إنسان حي، فلا أقل من أن يعوض المجتمع بإنسان سليم بدلاً من الإنسان الذي أزهق المحكوم عليه روحه.

٢- وهناك من يرى خلاف ذلك[٤] وأنه لا يجوز المساس بحرمة جسد المحكوم عليه بعد تنفيذ الحكم إلا في النطاق الذي حدده القانون.

وهذا الاتجاه الأخير هو الصواب وذلك لأن المحكوم عليه بالإعدام شخص ارتكب جريمة وصدر حكم قضائي بعقوبة الإعدام والتي هي حق المجتمع وأي استئصال لعضو

كما تبنى مؤتمر وزراء الصحة الأوربيين المنعقد في ١٦ — ١٧ تشرين الثاني ١٩٨٧م نصًا نهائيًا فرض في مادته العشرين : "يجب على الدول الأعضاء اتخاذ إجراءات بشكل أكبر لتوعية الشعب بالمعاني التي يتضمنها نقل الأعضاء الذي يسمح بإنقاذ حياة البشر وتحسين الصحة ويجب عليها تأمين مساعدة كل المختصين بالصحة ضمن هذه الجهود ويجب أن يشجع برنامج التوعية ويأخذ بالحسبان التعاون الأوربي.

المجلس الأوربي، المؤتمر الثالث لاجتماع وزراء الصحة الأوربيين، باريس ١٦ — ١٧ نوفمبر ١٩٨٧م.
Rec. Inter. Delégis, Sanit, 1988, Vol. 39, p. 294 – 298.

(١) راجع تفصيل ذلك : القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢١٧، عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٣٠١.

(٢) Kornprobst (L) : Responsabilité du médicine, op. cit., p. 57 et s.

(٣) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢١٧.

(٤) Doll : La discipline, op. cit., p. 24. Dierkens : op. cit., no. 197, p. 126.
مشار إليهم في: عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٣٠٢.

من أعضائه بعد ذلك يعد اعتداء على جثة حيث إنه لا يعتبر إجراء مكمل لعقوبة الإعدام ويتعارض مع الكرامة الإنسانية والتي يجب أن تحترم حتى بعد وفاة الشخص.

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا الأمر حيث قرر أنه لا يجوز إجبار المحكوم عليه بالتنازل عن عضو من أعضاء جسده بعد الوفاة[1].

ثم انتهت المشكلة في القانون الفرنسي بعد إلغاء عقوبة الإعدام بالقانون رقم ٨٠٨ – ٨١ والصادر في ٩ أكتوبر ١٩٨١م[2].

أما في ظل أحكام القانون المصري وبالخصوص القانون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢م الخاص بتنظيم بنك العيون، فلا يشترط موافقة أحد للحصول على عيون من ينفذ عليهم حكم الإعدام (م٣).

وبذلك يكون هذا القانون قد اعتبر أن جثة المحكوم عليه بالإعدام ملكًا للدولة فتتصرف فيها في إطار المصلحة العامة، وهو ما تم رفضه في مؤتمر بيروجيا ١٩٦٩م[3] لأنه يتنافى مع حق الأسرة والأقارب في التمسك بعدم جواز المساس بجثة ميتهم إلا بموافقتهم.

ولذا تمسك البعض[4] بضرورة الحصول على موافقة الأقارب لاستئصال عيون من ينفذ عليهم حكم الإعدام لأغراض علاجية[5].

---

(١) القانون الفرنسي الصادر في ٢٠ أكتوبر ١٩٤٧م والخاص باستئصال العيون قبل الوفاة، وقرار وزير العدل الفرنسي الذي مؤداه أنه لا يجوز المساس بجثث المحكوم عليهم بالإعدام تحقيقًا لأغراض علمية إلا بعد موافقة الأقارب.

(٢) وبإلغاء عقوبة الإعدام في فرنسا، ألغيت المادة ١٤ من قانون العقوبات الفرنسي والخاصة بتسليم جثة المحكوم عليه إلى أقاربه ينظر نقض فرنسي :
Cass. Crim 26 mai 1982 : Bull. Crim, no. 137.

(٣) حيث رفض مؤتمر بروجيا فكرة تملك الدولة للجثة لأنها تعطي الدولة الحق في تتبع الإنسان حتى في متاهات القبور، وعللوا سبب هذا الرفض بالخوف من إساءة استعمال هذا الحكم باسم المصلحة العامة التي تسمو دائمًا على كل مصلحة أخرى، راجع في ذلك : المظاهر القانونية لعمليات نقل القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/رياض الخاني، صـ٢٢.

(٤) د/ أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، صـ٢١٨.

(٥) تقرر المادة (٧٢) من قانون السجون المعدلة بالقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٧٤م أنه "تسلم جثة المحكوم عليه بالإعدام إلى أهله إذا طلبوا ذلك ووافقت جهة الإدارة، ويجب أن يكون الدفن بغير احتفال، فإذا لم يتقدم أحد منهم لاستلامها خلال ٢٤ ساعة أودعت أقرب مكان إلى السجن معد لحفظ الجثث ، فإذا لم يتقدم أحد منهم لاستلامها خلال سبعة أيام من تاريخ الإيداع سلمت إلى إحدى الجهات الجامعية" ينظر: القانون الجنائي والطب الحديث، د/أحمد شوقي أبو خطوة صـ ٢١٩ هامش ١ .

شكل الموافقة :

إن شكل الموافقة يختلف من تشريع لآخر، فقد تفرض بعض التشريعات شكلية معينة للتعبير عن إرادة المتوفي في التصرف في جثته أو أجزاء منها، وذلك بهدف التأكد من حقيقة رغبته في التبرع بأعضائه من عدمه، وقد تتخذ هذه الشكلية صورة إقرار كتابي أو وصية، ويمكن لنا من خلال استقراء التشريعات أن نقسمهم إلى قسمين :

القسم الأول: يرى ضرورة صدور الموافقة بإتباع شكل معين.

القسم الثاني: يرى أنه لا يلزم أن تأخذ الموافقة شكل محدد.

أولاً: ذهبت بعض التشريعات إلى أنه لابد أن تتم الموافقة من الشخص في شكل وصية أو بإتباع إجراءات شكلية ومنها :

١- التشريع المصري:

حيث قررت المادة الثانية من القانون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢م الخاص بتنظيم بنك العيون، أنه يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها.

وبذلك يكون المشرع المصري قد حدد صراحة الشكل الإيصائي كطريقة للتعبير عن إرادة المتوفى[١].

---

(١) راجع : عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٨٥، وقد حدد المشرع المصري في المادة الثانية من قانون الوصية المصري أنه تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإن كان عاجزًا انعقدت بإشارته المفهومة، واشترط لسماع دعوى الوصية عند الإنكار أن تكون محررة في ورقة رسمية أو عرفية يصادق فيها على إمضاء الموصي أو ختمه أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة بخط الموصي وموقع عليها بإمضائه، فالكتابة ضرورية لسماع الدعوى ولكنها ليست شرطًا من شروط انعقاد الوصية.

ولذا فإن المادة الثانية من القانون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢م، قررت ضرورة الحصول على إقرار كتابي من الموصين وهم كاملوا الأهلية، وبالتالي فإن الوصية هنا لابد وأن تكون مكتوبة وموقع عليها من الموصي وهو كامل الأهلية، فإذا كان ناقص الأهلية فيلزم الحصول على موافقة الولي على النفس (المادة الثالثة).

وبالتالي فإن إيصاء الشخص بعضو من أعضاء جسده (عين أو قلب أو كلية أو كبد) لكي تنقل لشخص آخر يفتقدها أمر جائز ومن ثم تكون مشروعة أن تم نقل العضو بعد توقف التنفس والقلب، إذ إن الوفاة التامة والأكيدة تكون بعد توقف القلب بحوالي أربع ثوان وترتبط بتوقف المخ، وليس في ذلك ما يعوق من نجاح عملية النقل، إذ يلزم لنجاحها تمام النقل قبل الموت الجزئي، أي قبل تحلل الخلايا وموتها وذلك يتم بعد ساعة أو عدة ساعات من وفاة الإنسان ككل.

راجع تفصيل ذلك في : دروس في المدخل للعلوم القانونية، د/ نعمان محمد جمعة صـ٣٢٦ وما بعدها.

٢- التشريع الكويتي

اشترط في المادتين الثانية والثالثة من القانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٣م والخاص بالكلى وحالات التبرع بها ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي حال حياته إذا أوصى بها للاستفادة منها بعد وفاته.

كما سلك هذا المسلك كثير من تشريعات الدول العربية الأخرى[١].

٣- التشريع الفرنسي

يسمح في القانون الصادر في ٧ يوليو عام ١٩٤٩م باستئصال قرنية العين بشرط الإيصاء بها قبل الوفاة[٢] فيجب أن تنتج موافقة المتوفى في هذه الحالة عن نص خاضع لوصية[٣].

كما اشترط المشرع الفرنسي في القانون رقم (١١٨١) لسنة ١٩٧٦م الشكلية أيضًا في حالة اقتطاع الأعضاء من جثة قاصر أو عديم الأهلية من أجل الزرع فيجب أن تتم الموافقة الصادرة من الولي الشرعي بشكل كتابي وأن تسجل ضمن السجل الخاص الذي أنشأه مرسوم القانون رقم (٥٠١) لسنة ١٩٧٨م[٤].

---

(١) ومنها الأردن حيث ورد في المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧م المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٠م ما يقضي بضرورة أن يكون المتوفى قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ وبصورة قانونية.
والمشرع السوري الذي قرر في المادة (٣) من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢م والمعدل بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٦م ضرورة وجود وصية للمتوفى لجواز نقل الأعضاء والأحشاء أو جزء منها، وقد أوجب المشرع السوري في المادة ٣/ه/أ الشكل الخطي والصريح.
والمشرع اللبناني في المرسوم الاشتراعي رقم ١٠٩ الصادر في١٩٨٣/٩/١٦م والذي يبين في المادة الثانية ضرورة أن يكون المتوفى قد أوصى بذلك بموجب وصية منظمة حسب الأصول أو بأي وثيقة خطية أخرى ثابتة.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢١٢.

(٣) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٧٢.

(٤) المادة (١١) من المرسوم رقم (٥٠١) في ٣١ مارس ١٩٧٨م، وهذا السجل موجود بشكل دائم ويمكن للأشخاص تسجيل رفضهم أو قبولهم الاقتطاع في أي لحظة ويودع هذا السجل في مكتب القبول ويمكن حمل السجل إلى المريض إذا كان لا يستطيع الذهاب إليه ويجب أن يشمل على تاريخ وساعة التصريح واسم وكنية وعنوان المعالج والمعلومات الدقيقة بالرفض والقبول وكافة المستندات والأدلة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة وتوقيع المصرح، وقد أعدت مستشفى ستراسبورغ نموذجا لذلك وفيما يلي إيضاحه.
المشفى المدني في ستراسبورغ
مركز المعالجة الإقليمي
شهادة رفض أو قبول اقتطاع أعضاء

#

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد اشترط الشكلية في حالة الموافقة على اقتطاع الأعضاء ولكنه تخلى عن هذه الشكلية في حالة التعبير عن الرفض، حيث وضع قاعدة بسيطة مؤداها أنه يمكن التعبير عن الرفض بكل الطرق، فيمكن أن ينتج دليل الرفض من تصريح صادر عن صاحب الشأن أثناء علاجه في المشفى، وكذلك يمكن أن يصدر بشكل كتابي أو تصريح صادر من شخص كان قد حصل على رفض صاحب الشأن(١).

وقد ميز المشرع الفرنسي بين ثلاث أنواع من الوصايا وهي(٢):

١- الوصية العامة: Le testement public وتكون أمام الموثق وبحضور شاهدين.

٢- الوصية المكتوبة: Le testement atogaphe وتكتب بخط يد الموصي وتوقع وتؤرخ منه وتودع لدى منفذ الوصية.

٣- الوصية السرية: Le testement mystique ou secrt وتسلم مغلقة ومختومة من الموصي إلى الموثق.

وغالبًا ما يختار الموصي الوصية المكتوبة(٣).

أنا الموقع (الموقعة) ....
١- اسم وكنية الشخص المعالج في المشفى ....
المولود في ....   المقيم في ....
٢- صفة المصرح (إذا لم يكن هو الشخص المعالج).
اسم وكنية ....   درجة القرابة من الشخص المعالج في المشفى (أقارب آخرين) ......
٣- أصرح بواسطة هذه الوثيقة :
• معارضتي لأي اقتطاع لأعضاء ....• معارضتي للاقتطاع التالي ....
• قبول كل حالات اقتطاع الأعضاء ....
على الشخص المعالج في المشفى المحدد آنفًا.
٤- الظروف التي تم التصريح خلالها ....
يحدد : - طرق التعبير عن إرادة الشخص المعالج في المشفى ....
- الظروف التي تم فيها التصريح ....
٥- الإشارة للوثائق والأوراق المختلفة المتعلقة بالتعبير عن إرادة الشخص المعالج في المشفى ....
٦- ملاحظات خاصة أخرى ....
تم في .... في الساعة .... توقيع المصرح ....
راجع هذا النموذج في : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٧٦.

(١) المادة التاسعة من مرسوم (٣١) مارس ١٩٧٨م، وراجع تفصيل ذلك: رضاء المريض عن الأعمال الطبية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٦٣٢ وما بعدها.

(٢) راجع هذه الأنواع : القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢١٢، هامش ٢، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٨٦.

(٣) وتكون صيغة هذه الوصية كالتالي :

#

وفي القانون الإنجليزي (The Humain tissue act) الصادر عام ١٩٦١م يمكن أن يصدر الرضاء كتابة أثناء حياة المعطي ليتم الاستئصال بعد وفاته للأغراض العلاجية أو العلمية وبحضور شاهدين أو أكثر[١].

ثانيًا: هناك من يرى عدم ضرورة الشكلية:

ذهب البعض[٢] إلى أن اشتراط الشكل الكتابي يشوبه بعض العيوب لأنه وسيلة لا تتمشى مع عمليات زراعة الأعضاء وما يجب أن تكون عليه من السرعة، ولاسيما وأن الإنسان خلق محبًا لذاته ولتكامله العضوي سواء حال حياته أو بعد مماته[٣] فمن النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة في إعطاء إذن باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته، إلا إذا كانت لديه رغبة صادقة في إنقاذ حياة الآخرين[٤].

وكيف نطلب من مريض يعاني من مرض خطير يهدد حياته أن يأذن كتابة باستئصال عضو من جثته بعد وفاته، إنه طلب ثقيل جدًا عليه إلى جانب أن مجرد مطالبته بذلك قد يؤدي إلى التأثير على حالته النفسية تأثيرًا من شأنه أن يعوق في كثير من الأحيان سبل شفائه[٥].

إلى جانب أن استلزام الإذن الكتابي ينقص عدد المتبرعين لذا تتجه بعض الدول إلى تفادي هذه العيوب وعدم اشتراط شكل معين للإذن الصادر من المتبرع ومن هذه

أنا الموقع أدناه .... مولود في .... وأقيم في ....
أوصي بالتنازل عن جسدي كله (أو أي جزء مختار) للأغراض العلمية أو بغرض استئصال الأعضاء للأغراض العلاجية أو لفلان (يذكر اسم شخص بالذات) أو إلى معهد التشريح (أو إلى أي جهة علمية أخرى يحدد اسمها ضمن الخانة) عندما يتأكد من وفاتي، توقيع الموصي.
Doll : Le droit de disposer du cadaver, op. cit., p. 64 et 65.
مشار إليه في: القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢١٣.

(١) عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٨٦.

(٢) ينظر : القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢١٣، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٨٦، ٢٨٧.

(٣) عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٨٧.

(٤) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢١٣.

(٥) ولكي يتغلب الشخص على هذا التفكير فلابد أن يكون لديه الوعي الكافي ولابد أن يعلم أنه قد يواجه هو نفسه مثل هذا الوضع ويكون في حاجة إلى تبرع الآخرين له، وحتى يستطيع الاستفادة من زرع الأعضاء يجب أن يتعلم التبرع بها.
ينظر: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٨٢.

التشريعات تشريع الولايات المتحدة الأمريكية فيما يسمى بالقانون الموحد Uniforme Anatomical Gift Act.

حيث لم يشترط هذا القانون الوصية كشرط أساسي لصحة استئصال الأعضاء من جثة المتوفين، وعزا ذلك إلى أن التمسك بمثل هذا الشرط يؤدي إلى نقص عدد المتبرعين بالأعضاء، وعليه يمكن أن يكون الإذن الصادر من صاحب الشأن في شكل وصية (will) أو في هيئة وثيقة عادية يوقع عليها المعطي في حضور شاهدين، وللمعطي أن يسلم هذه الوثيقة لمن يعينه من أقاربه، ويجوز للمعطي سحب موافقته أو تعديلها، إما بالتأشير على الوثيقة الأولى، أو استبدالها بأخرى جديدة، كما يجوز للمعطي إبداء موافقته شفاهة بحضور شاهدين، أو في حضور الطبيب المعالج بالنسبة لنزلاء غرف الإنعاش[١].

ولتفادي الإجراءات العادية للحصول على موافقة المتبرع وما قد ينتج عنها من صعوبات اقترح البعض[٢] عمل بطاقة خاصة للتبرع بالأعضاء يحملها كل شخص معه بصفة دائمة، مثل بطاقة تحقيق الشخصية أو رخصة القيادة، وفي هذه البطاقة يستطيع كل شخص أن يأذن أولاً يأذن باستئصال الأعضاء من جثته بعد الوفاة[٣]، وإذا توفي الشخص وتم العثور على هذه البطاقة معه فإن ذلك يغني عن اتخاذ الإجراءات القانونية للحصول على الرضاء بالاستئصال، كما تغني عن الحصول على رضاء أفراد الأسرة، خاصة إذا كانوا في أماكن بعيدة يصعب الاتصال بهم[٤].

وقد أقر المشرع الألماني في مشروع القانون الألماني ١٩٧٩م هذا الأمر حيث نص على تخصيص خانة خاصة في بطاقة تحقيق الشخصية للتصرف في الجثة بعد الوفاة،

---

(١) القسم السادس — A / من القانون الأمريكي الموحد، ينظر : حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، صـ١٣٥.

(٢) اقترح Donald longmore إنشاء نادي عالمي للمتبرعين (Clubmondial de donneurs) يرسم لكل عضو من أعضائه وشم على ذراعه الأيسر يمثل شعار النادي، وقد انتقد الأستاذ Doll هذا الاقتراح على أساس أن الوشم إنما يستدل منه على سذاجة حامله، كما أنه يعتبر علامة غير حضارية في كثير من دول العالم.
ينظر :
Doll : La discipline, op. cit., p. 171, not 26.
مشار إليه القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢١٤.

(٣) Savatier (J.) : Les prélèvements d'organes après décés, in travaux de l'institut de sciences criminelles de poitiers, 1970 – I, p. 29.

(٤) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢١٥.

فإذا دون في هذه الخانة حرف (w) وهو اختصار لكلمة (widerspruchu) فهذا يعني الرفض ومن ثم لا يجوز بأي حال من الأحوال استئصال عضو من جثة المتوفي[١].

ويتفق هذا المشروع ما جاء بالمادة العاشرة من التوصيات التي أصدرتها اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوربي في ١١ مايو عام ١٩٧٨م، والتي تؤكد مبدأ الاحترام المطلق لإرادة المتوفي.

وقد أخذ مشروع القانون الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية بنظام بطاقة التبرع بالأعضاء، والتي يحملها كل شخص معه بصفة دائمة، يوقع عليها المعطي أمام شاهدين يقومان بدورهما بالتوقيع على البطاقة (م٦/٤ من مشروع القانون الموحد)[٢].

ومن التشريعات العربية التي أقرت عدم اشتراط الشكلية للتعبير عن موافقة المتوفى للتبرع بأعضائه التشريع الجزائري ، حيث نصت المادة ١٦٤ من قانون حماية الصحة وترقيته (القانون ٩٠ – ١٧)[٣] على أنه:

"لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين بقصد زراعتها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، ... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك".

كما نص في المادة ١٦٥ على: "يمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها إذا كان الشخص المعني قد رفض ذلك كتابياً، وهو على قيد الحياة، أو إذا كان الانتزاع يعوق التشريح الطبي الشرعي".

---

(١) وقد سار على نهج المشرع الألماني المشرع البلجيكي في مشروع القانون الصادر في ١٩ يناير ١٩٦٩م والخاص باستئصال الأعضاء بعد الوفاة، والذي طلب من جهة الإدارة المختصة، أن تستجيب لطلب الشخص أن يدون في بطاقته الشخصية موافقته على التصرف في جثته في حالة تعرضه لحادث مميت، وفي هذه الحالة يمكن للطبيب الجراح أن يستأصل الأعضاء من جثته.
راجع في ذلك :
Terfive (A.) Le crops humain et les actes juridiques en droit Belge, rapport présenté aux travaux de l'Association capitant, Tome XXVI, 1975, p. 199.

(٢) وطبقاً للتشريعات الصادرة عن ولاية مينوسوتا وفيرجينيا يمكن التأشير على رخصة القيادة بما يفيد التبرع بكامل الجسم أو بعضو منه حالة الوفاة نتيجة حوادث الطرق.
Minn – stat. 171 – 07 "west 1980". VA – Code – 46 – 1 – 375 "1979".
مشار إليه : حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي صـ١٣٥، عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٨٧.

(٣) صدر القانون ٩٠ /١٧ بتاريخ ١٩٩٠/٧/٣١م ، والمسمى بقانون حماية الصحة وترقيتها، لتتميم وتكميل القانون ٨٥/٥ الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٢/١٦م.

ويتضح من خلال هاتين المادتين أن المشرع الجزائري قدساير الاتجاه الذي لم يشترط الرسمية في الحصول على الموافقة للاقتطاع من الجثث، فيجوز للشخص أن يعبر عن موافقته كتابياً، أو شفهياً، أو بأي إشارة تدل عرفاً على القبول، ولكن في حالة رفض الشخص الاقتطاع من جثته بعد وفاته لابد من أن يكون ذلك كتابةً أي أنه اشترط الرسمية للتعبير عن الرفض[1].

(١) راجع تفصيل ذلك: رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٦٤١ وما بعدها.

المطلب الثاني

إذن الأسرة بالتصرف في جثة المتوفي

الأذن المطلوب

إذا لم يعبر المتوفي عن إرادته فيما يتعلق بمصير جثته بوضوح أثناء حياته، فيجب على الجهات المعنية أن تحصل على موافقة عائلة المتوفى، وتأخذ رأيها وقرارها الواضح في هذا الشأن[1]، ويرجع ذلك إلى أن جثة المتوفي تمثل قيمة معنوية كبيرة لدى الأهل، فالجثة وإن كانت شيئًا ماديًا، إلا أن الأشياء المادية قد تنقلب إلى مصالح أو قيم معنوية[2] لدى أصحابها كما هو الحال في الجثة بالنسبة للأقارب، وبالتالي فإن المساس بها يمثل في وجهة نظرهم امتهانًا كبيرًا[3].

وما بين الأخذ بضرورة موافقة أهل المتوفي على انتزاع بعض أعضائه لزرعها أو افتراض هذه الموافقة اختلف الفقه القانوني وظهر لنا ثلاثة اتجاهات مختلفة:

الاتجاه الأول: يستلزم ضرورة موافقة أقارب المتوفي صراحة على ممارسة عملية استئصال الأعضاء من الجثة.

الاتجاه الثاني: يكتفي بقرينة الرضا ما لم يثبت عكس ذلك.

الاتجاه الثالث: الحصول على الأعضاء من جثث الموتى دون موافقة أحد (تأميم الجثة).

ولذا فإنه يلزم التعرض لهذه الاتجاهات بشيء من التفصيل المناسب.

---

(١) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٥١.

(٢) فلسفة التاريخ العقابي، د/ ثروت أنيس الأسيوطي، مجلة مصر المعاصرة العدد ٣٣٥، يناير ١٩٦٩م، صـ٢٥٨.

(٣) وخاصة أنه ثبت أن للورثة حقوق تتعلق بجثمان الميت كما ينتقل إليهم حق الدفاع عن سمعته وشرفه في بعض الحدود، فكما أن ماله انتقل ملكه إلى ورثته كذلك يمكن القول بأن جسم الميت قد أصبح من حق الأولياء أو الورثة، ينظر في ذلك : الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، د/ محمد سعد خليفة، صـ١٥٤.

الاتجاه الأول: ضرورة الحصول على موافقة الأسرة.

إذا ما حدث ومات الشخص دون أن يوصي بجثته أو يقرر مصيرها فإنه لكي يتسنى القيام بإجراء عملية الاستقطاع من جثته أن تكون هناك موافقة صريحة من أفراد أسرته[1].

وعلى الرغم من أن مسألة الحصول على موافقة أهل المتوفي مسألة شائكة وحرجة نظرًا للحالة النفسية السيئة التي تصيب الأسرة نتيجة موت أحد أفرادها وما يمكن أن تعكسه على قرارها باستئصال عضو من جثته وخاصة إذا طلب ذلك عقب الوفاة مباشرة، إلا أنه في جميع الأحوال تبقى مسألة الحصول على موافقة الأسرة شرطًا أساسيًا لمشروعية عمليات نقل الأعضاء من جثة المتوفي[2]، والتغاضي عن حق الأسرة في هذا الشأن ينطوي على مساس بحرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام[3].

والطبيب الجراح لا يستطيع إجراء عملية الاستئصال إلا بعد الحصول على موافقة الأسرة[4] طالما أن هذه الموافقة لا تتعارض مع إرادة المتوفي أثناء حياته لأنه يجب أن تحترم إرادة المتوفي من قبل أسرته[5] فالدور الأساسي للأسرة هو تفسير رغبة المتوفي أي الكشف عن القرار الذي كان سيتخذه فيما لو كان الموضوع قد طرح أمامه[6].

الأساس القانوني لحق الأسرة على جثة قريبهم :

اختلف الفقه القانوني حول الأساس القانوني لحق الأسرة على جثة قريبهم المتوفي، وظهر في هذا الشأن اتجاهان:

---

(١) راجع في ذلك : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا صـ٦٩٣ وما بعدها، وأعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٥١، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٩٢، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين الدين عابدين صـ٤٧٧، وزرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد صـ١٢٠.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢٢٠.

(٣) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا صـ٦٩٣.

(٤) راجع : القانون المصري رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦م، والخاص بالمواليد والوفيات حيث تسمح المادة ٢٦ منه لمفتشي الصحة بأن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ بها لأغراض علمية وذلك بعد موافقة جميع ذوي الشأن من أقارب المتوفي.

(٥) Ahmed Ch. El- Din : Droit de transplantation d'organes, p. 698.

(٦) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٥١.

الاتجاه الأول: الفقه التقليدي القديم، والذي يعتبر أن حق الأهل على الجثة. لا يعدو أن يكون شأنه شأن حقهم على أي مال من الأموال، فهي عنصر من عناصر التركة[1] فما هي إلا مادة بغض النظر عن قيمتها المعنوية، فإذا حصل وأهمل صاحبها حال حياته كيفية التصرف فيها بعد وفاته تعتبر مملوكة لأسرته شأنها في ذلك شأن جثة أي حيوان حيث تعتبر مملوكة لمالك الحيوان أثناء حياته ولأسرته بعد وفاته تستطيع أن تبيعها أو تهبها، أي بمعنى آخر تعتبر جزءًا من التركة[2].

ولكن هذا الرأي تعرض للنقض لأنه على حد تعبير البعض[3] يثير الاستغراب، إذ كيف يمكن أن تشبه الإنسان بما كرمه الله وحباه وزينه به من عقل بالحيوان، وكيف ندخله ضمن دائرة التعامل الاقتصادي والتجاري، أن ما يرثه الأقارب أو الأسرة هو المال، والجثة لا تدخل ضمن دائرة المال، ولذا فقد اندثر هذا الاتجاه وحل محله الاتجاه الآخر.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حق العائلة على جثة أحد أعضائها ليس حق ملكية وإنما هو حق غير مالي[4] ويجد أساسه ضمن روابط الدم والعاطفة[5] فهو حق معنوي من الحقوق اللصيقة بشخصية الأقارب، يجد ضرورته في صلة الدم والقرابة التي تربط أفراد الأسرة[6] والجثة وإن كان لها وجود وكيان مادي إلا أن أهميتها تنحصر فيما تنطوي عليه من قيم معنوية كبيرة، فهي وإن كانت شيئًا إلا أنها ليست شيئًا اقتصاديًا يدخل في تركة الشخص[7] فهي ليست عنصرًا من عناصر التركة.[8]

والسؤال الذي يفرض نفسه هو من هم أهل المتوفي أو من هو صاحب الحق من أفراد الأسرة في قبول أو رفض المساس بجثة المتوفي ؟.

---

(١) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر صـ٤٧٨.
(٢) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني صـ١٩٣.
(٣) عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سمير عابد ديات، صـ٢١٩.
(٤) نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، صـ٢٧٥.
(٥) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٥١.
(٦) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، د/ حسام الأهواني صـ١٩٤.
(٧) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر صـ٤٧٨.
(٨) راجع : المادة ١٥٩٨ من القانون المدني البلجيكي، والمادة ٧١١ من نفس القانون. مشار إليهم : القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢٢١.

يرى البعض[1] أن أكثر الحلول اتفاقًا مع القانون هو أن يختص بإعطاء الموافقة أقرب الناس إلى المتوفي من حيث درجة القرابة فإن تعددوا وجب الحصول على موافقتهم جميعًا.

والأصل أن حق الأسرة في التصرف في جثة المتوفي لا ينشأ إلا بعد التأكد من الوفاة، فمنذ لحظة الوفاة يكون للأسرة الحق في الموافقة أو الاعتراض على استئصال عضو من الجثة[2].

وإذا حدثت الوفاة فمَن مِن أفراد الأسرة يمكنه التعبير عن القبول أو الرفض باستقطاع الأعضاء من الجثة ؟ اختلفت التشريعات في تحديد المقصود بالأسرة أو العائلة ومَن مِن أقارب المريض الذي يملك التعبير والقرار في التصرف في جثته ونستعرض هذه التشريعات فيما يلي:

التشريع الفرنسي:

اقترح البعض أن تكون سلطة الموافقة على اقتطاع الأعضاء لكل الورثة الشرعيين بموجب موافقة خطية، ولكن هذا الاقتراح قد يأخذ طابعًا مستحيلاً، لأن اشتراط موافقة كل الورثة الشرعيين فيه مبالغة كبيرة وقد يؤدي إلى شلل اقتطاع الأعضاء بشكل كامل[3].

---

(١) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن صـ٨٦، ونفس المعنى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، صـ١٣٦.

(٢) ومع ذلك فهناك بعض تشريعات تتطلب الحصول على موافقة الأسرة قبل الوفاة مباشرة إذا كانت وفاة الشخص محتمة — كما لو كان في حالة غيبوبة نهائية Coma depassé وماتت خلايا مخه بحيث يستحيل عودتها للحياة وكل ما تبقى له هي حياة عضوية -بفضل أجهزة الإنعاش الصناعي — ومن ذلك ما قررته المادة الخامسة فقرة أولى من قانون Onatorio — من ضرورة الحصول على رضاء الأسرة بالاستئصال عندما يقرر الفريق الطبي أن الشخص على وشك الوفاة وأنه غير قادر على إعطاء موافقة صريحة بهذا الاستئصال.

Onatorio human tissue gift act. So. 1971.

ويستطيع أقارب المتوفى إبداء موافقتهم كتابة، كما يمكن أن تكون شفاهة في حضور شاهدان على الأقل، أو عن طريق تلغراف أو رسالة مسجلة (م ٥ /١).

كما يعطي مشروع القانون الأمريكي الموحد للأقارب الحق في التصرف في جثة قريبهم قبل الوفاة مباشرة عندما يصبح هذا الشخص على وشك الوفاة، وتجيز تشريعات بعض الولايات الأمريكية تسليم الجثث المجهولة بعد مرور ٤٨ ساعة من الوفاة إلى كليات الطب ومعامل الأبحاث.

Cal. Health. Safty code – 7202 "1945".
Gen. Stat. Ann. 19 – 139 "1981".

راجع في ذلك : القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢٢٢، وحق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عدوي، صـ١٣٧.

(٣) لأن الترتيب الوراثي يثير مشكلة كبيرة بالنسبة للفريق الطبي الذي قد لا يتمكن من معرفة الورثة خلال هذه المدة القصيرة، كما أنه من المستحيل عمليًا الاتصال ضمن هذه الفترة القصيرة بكل أعضاء الأسرة الذين قد يكونوا منتشرين وغير معروفين بالتأكيد من قبل المستشفى.

راجع تفصيل ذلك : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٥٢.

وقد حسم المشرع هذا الأمر حيث إنه أنشأ حق أفضلية بقانون ١٦ أكتوبر ١٩٤٦م[١] ومرسوم ١٦ يوليو ١٩٤٧م[٢] والمنشور الوزاري المؤرخ في ٢٨ أغسطس ١٩٤٦م[٣] حيث نظم هذا الحق نقل وتسليم جثث المحاربين القدماء وضحايا الحرب إلى العائلة، وقد أسس هذا الترتيب كما يلي :

الزوج غير المطلق وغير المنفصل عن شريكه، الأولاد، أب أو أم، أخ أو أخت. أجداد، العشيق أو الخليل[٤].

وقد حددت المادة ٧٥ من اللائحة العامة للمشافي في إقليم السين Seine الأقارب الذين تقبل معارضتهم على تشريح جثة أحد أفراد عائلتهم وهم :السلف، والخلف ذو القرابة المباشرة، والزوج الباقي على قيد الحياة[٥].

وقد اتجهت معظم التشريعات الأجنبية[٦] إلى تقرير حق الأسرة على جثة المتوفي وضرورة موافقتهم على المساس بها من أجل استقطاع الأعضاء وتحديد من هم الأقارب المسئولون عن ذلك ومن هذه التشريعات التشريع الإيطالي[٧] والبرازيلي[٨] والكندي[٩] والأرجنتيني[١٠] والأمريكي[١١].

---

(١) الجريدة الرسمية ١٧ أكتوبر ١٩٤٦م، صـ٨٨٠٢.

(٢) الجريدة الرسمية ١٧ يوليو ١٩٤٧م، صـ٦٨٢٢.

(٣) Gaz. Pal. ١٩٤٦،٢،٣٨٩.

(٤) مع الأخذ في الاعتبار بأن مسألة العشيق أو الخليل تلك خاصة بهم وحدهم، وهي بلا شك تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي الحنيف الذي يضع الضوابط المناسبة للعلاقات بين الأفراد ولا يسمح بالانحلال ، فمن أين يكون للشخص ارتباط بالشخص الأخر من خلال علاقة قوامها الغريزة المجردة عن المشروعية.

(٥) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني. د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٥٣.

(٦) راجع هذه التشريعات : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٩٥ وما بعدها.

(٧) حيث ورد في التشريع الإيطالي الصادر ١٩٦٨م والخاص باستقطاع الأعضاء، اشتراط ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفي حتى الدرجة الثانية ولكنه استبعد الحصول على موافقة الزوج.

(٨) أشار القانون البرازيلي الصادر ١٩٦٨م في المادة الثالثة الفقرة الثالثة على ضرورة موافقة الزوج كتابة ثم أردف ترتيب الأقارب بعد ذلك على النحو التالي الخلف فالسلف فالحواشي، فالهيئات المدنية أو الدينية المسئولة عن مصير الجثة.

(٩) حيث تضمن القانون المدني الكندي لمقاطعة كويبك في المادة (٢٢) على التزام الطبيب بضرورة الحصول على موافقة الزوج أو الأقارب المقربين، قبل مباشرة عملية الاستئصال من جثة المتوفي ويمكن التغاضي عن هذه الموافقة في حالة الاستعجال.

(١٠) حيث وضحت المادة (١٨) من التشريع الأرجنتيني أولوية الرضا بالنسبة للأقارب حسب الترتيب الآتي : الزوج – الأبناء – الأب والأم – الأخوة والأخوات – الأجداد والأحفاد – الأقارب من رابطة الدم في مرتبة الحواشي حتى الدرجة الرابعة – الأقارب بالمصاهرة حتى الدرجة الثانية.

(١١) رتب التقنين الأمريكي الموحد من لهم الحق في إبداء القبول أو الرفض على النحو التالي :

#

وقد سلكت كثير من التشريعات العربية مسلك التشريعات الأجنبية في اشتراطها موافقة عائلة المتوفي وتحديد هويتهم ومنها :

المشرع الكويتي:

حيث نص في المادة الثالثة من القانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٣م أنه في حالات استئصال كِلَيَ من أشخاص متوفين فيجب الحصول على موافقة أقرب الأفراد الموجودين من أسرة المتوفي لحظة إجراء هذه العملية[١].

كما أورد المشرع الكويتي في المادة الخامسة من المرسوم بالقانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٧م عبارة "من وجد حال وفاته أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم"[٢].

المشرع الأردني:

أورد في قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧م وضمن المادة الخامسة ما يلي:

"للأطباء الاختصاصين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو في أي من الحالات التالية:

الزوجان — الابن البالغ أو الابنة البالغة — الوالدان — الأخ البالغ أو الأخت البالغة — الولي أو الوصي وقت الوفاة — الممثل القانوني للشخص وقت الوفاة.

راجع : حق المريض في قبول أو رفض العلاج، د/ مصطفى عبد الحميد عدوي، صـ١٣٧.

وقد أشار قانون مقاطعة كولمبيا الأمريكية والصادر في ١٠ سبتمبر ١٩٦٢م على أنه في حالة عدم وجود إرادة ظاهرة للمتوفى فمن حق الزوج أو الأقارب إلى الدرجة الثانية أن يوافقوا على عملية الاستقطاع والأساس القانوني لذلك قائم على ما يسمى بحق الأقارب في دفن قريبهم.

ينظر : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الأهواني، صـ١٦٣.

(١) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٢١٤.

(٢) وعبارة أقرب أقربائه من العبارات المطاطة غير المحددة، كما أن القول أنه في حالة تعدد الأقارب في مرتبة واحدة تؤخذ موافقة غالبيتهم، فيه نظر لأنهم قد يكونوا بالعشرات بل أحياناً بالمئات، وحتى تؤخذ موافقة غالبيتهم يكون العضو المراد نقله قد استنفد كل الوقت اللازم، فيصبح من غير فائدة ترجى منه، كما أن الأخذ برأي الأغلبية يسلب باقي الأقارب حقهم ويمنعهم من إبداء رأيهم متى كان لهم رأي مخالف.

راجع في ذلك : عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، صـ٢٩٥.

إذا وافق أحد أبوي المتوفي في حالة وجودهما على النقل أو وافق عليه الولي الشرعي في حالة عدم وجود الأبوين[1].

كما نص في المادة (٢) من قانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم (٤٣) لسنة ١٩٥٦م ما يؤكد هذا المعنى بقوله:

"يحق لكل من كانت جثة ميت في حيازته بوجه مشروع أن يأذن باستئصال قرنيتي العينين منهما خلال ثلاث ساعات من وقت الوفاة، وفي حالة وجود مصرف للعيون لاستعمالها لأغراض طبية بشرط: (أن لا يكون لزوج الميت أو زوجته أو أحد أصوله وفروعه أو أخوته أو أعمامه أي اعتراض على التصرف المذكور)".

المشرع السوري:

حدد المشرع السوري في المادة (٢/٣) من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢م والمعدل بالقانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م ضوابط نقل الأعضاء من جثة المتوفي بقوله:

"يجوز نقل الأعضاء أو الأحشاء أو جزء منها من ميت بغية غرسها لمريض بحاجة إليها وذلك في إحدى الحالات الآتية:

١- وصية المتوفي بإجراء ذلك.
٢- سماح عائلة المتوفي.
٣- إذا كان الموت نتيجة الإعدام.
٤- عدم وجود من يطالب بجثة المتوفي.
٥- حالة فتح الجثة لأسباب علمية أو للمنفعة العامة أو لضرورة التشريح ...".

ثم عاد واستعمل مصطلح أقربائه الذين لا تتجاوز قرابتهم الدرجة الثالثة في المادة (٣/٥/أ)[2].

---

(١) ثم عاد المشرع وأكد ذلك ضمن المادة السادسة بقوله: "للأطباء الاختصاصين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة فتح جثة المتوفى وزرع أي من أعضائها إذا تبين أن هناك ضرورة علمية لذلك على أن يكون المتوفى قد وافق على ذلك خطيًا بصورة قانونية صحيحة قبل وفاته أو بموافقة وليه الشرعي بعد الوفاة".

(٢) وبذلك نجد أن المشرع السوري استخدم لفظ عائلة المتوفى في المادة (٢/٣) ثم استخدم مصطلح أقربائه الذين لا تتجاوز قرابتهم الدرجة الثالثة في المادة (٣/٥/أ).
راجع: القانون رقم (٣١) بتاريخ ١٩٧٢/٨/٢٣، قانون نقل وغرس أعضاء جسم الإنسان (الجريدة الرسمية عدد ٣٦ بتاريخ ١٩٧٢/٩/١٢م).

#

المشرع اللبناني

حدد المشرع اللبناني عائلة المتوفي ضمن أحكام المادة الثانية من المرسوم الاشتراعي رقم ١٠٩ لسنة ١٩٨٣م وهم:

الزوج أو الزوجة وبحال عدم وجودهما الولد الأكبر سنًا، وبحال غيابه الأصغر فالأصغر، وبحال عدم وجود الأولاد، الأب والأم، وبحال عدم وجود أي من الأشخاص المذكورين في الفقرة (أ) يجوز للطبيب رئيس القسم في المستشفى أن يعطي الموافقة ولا تؤخذ معارضة الأقارب من غير المذكورين أعلاه بعين الاعتبار[١].

أما المشرع المصري فقد أورد ضمن المادة (٢٦) من القانون رقم (١٣٠) لسنة ١٩٤٦م عبارة (ذوي الشأن من الأقارب) ولكنها عبارة واسعة ومطاطة رغم ما تنطوي عليه من التخصص بين الأقارب[٢] وإذا اختلف الورثة بأن أجاز بعضهم المساس بجثة مورثهم الموصي بها دون البعض الآخر، فالراجح أن الموصي له يستحق تعويضات من الوارث الذي منعه، لتعديه بالمنع[٣].

تقدير هذا الاتجاه

على الرغم من أن الاتجاه إلى ضرورة الحصول على موافقة أقارب وأسرة المتوفي يتمشى مع الضرورات الإنسانية للأسرة[٤]، ولكنه ينطوي على بعض العيوب التي قد

والمعدل بالقانون رقم (٤٣) بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٢٠م (الجريدة الرسمية رقم ٥١ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٣١م صفحة رقم ١٩٦٥).

(١) وبذلك يكون المشرع اللبناني قد حدد صراحة المقصود بعائلة المتوفى حيث ورد ذكرهم في المادة الثانية من المرسوم الاشتراعي رقم (١٠٩) لسنة ١٩٨٣م (الجريدة الرسمية العدد ٤٥ بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦م) وحصر التصرف في أعضاء المتوفى في يد هؤلاء دون غيرهم وهو نفس الأمر الذي قرره في المادة ٣٠ من قانون الآداب الطبية رقم (٢٨٨) لسنة ١٩٩٤م حيث نص على "يمكن استئصال أعضاء من جسم أجساد متوفين شرط أن يكونوا قد أوصوا بذلك أو بعد موافقة عائلاتهم ولأهداف علاجية أو علمية".

(٢) ومع أن المشرع المصري قد وضع عبارة (ذوي الشأن من الأقارب) إلا أنه قد وضع في المادة الثالثة من القانون رقم (٢٧٤) لسنة ١٩٥٩م القاعدة التي يجب أن تتبع في القانون المصري حتى بالنسبة لنزع الأعضاء في غير ترقيع القرنية حيث قرر في هذه المادة : أنه يجب صدور قرار بالموافقة على استئصال العين من أقرب الأولياء على النفس إلى المتوفي ويراعى في ذلك مراتب الولاية على النفس وفقًا لأحكام القانون، في حالة وجود أكثر من واحد من العصبات في مرتبة واحدة تلزم موافقة أغلبيتهم.

راجع في ذلك : عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٩.

(٣) أحكام الوصية في الفقه الإسلامي والقانون، د/ أنور محمود دبور، طبعة ١٩٨٥م، الناشر دار الثقافة العربية صـ٢١٠.

(٤) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٩٦.

تعوق في كثير من الأحيان إجراء عمليات نقل الأعضاء، لأن انتظار الموافقة من الأقارب الذين قد لا يتواجدون في مكان واحد لحظة الوفاة يتعارض مع السرعة التي يجب أن يكون عليها استئصال العضو من جثة المتوفي والذي يجب أن تتم بعد الوفاة مباشرة أو بوقت قصير[1].

كما أنه ليس من الإنسانية في شيء أن يثار مسألة المساس بجثة المتوفي مع أقاربه لحظة الوفاة ذاتها وهي التي تعتبر من أكثر لحظات حياتهم ألمًا، فالأسرة تحتاج إلى من يشد أزرها ويهدئ من أحزانها لا إثارتها[2].

الاتجاه الثاني: الرضاء المفترض (قرينة الرضا)

يقوم هذا الاتجاه على افتراض رضاء المتوفي أثناء حياته باقتطاع الأعضاء من جسده طالما أنه لم يصدر منه اعتراض قبل وفاته، أو من جانب أقاربه بعد وفاته، فالرضا هنا مفترض ويحق للطبيب الجراح على هذا الأساس أن يجري استئصال الأعضاء من الجثة[3].

فالجراح هنا لا يقع عليه عبء الحصول على موافقة أقارب المريض بعد وفاته، ولكن يجوز له اقتطاع الأعضاء طالما أنه لا يوجد من بين الأقارب من يعارض هذا الاقتطاع.

وقد جاء في توصيات المؤتمر الدولي لرجال القضاء والمنعقد في بيروجيا Perouse بتاريخ ١٣ سبتمبر ١٩٦٩م، أنه يفترض وجود الإذن بالأخذ من قبل المتوفي أو من قبل أقربائه، ومع ذلك لا يجوز أخذ عضو من جثة إذا كان المتوفي أثناء حياته أو كان أفراد عائلته قد منعوا ذلك بتصريح كتابي، ومن المناسب تبصير الرأي العام لكي يدرك أن قرينة الرضا بالنسبة لعملية استقطاع الأعضاء تشبع مصلحة عامة وتستجيب لأغراض

---

(١) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢٢٣.

(٢) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٩٧، ونفس المعنى: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٥٣.

(٣) راجع في ذلك : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٥٤، والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا صـ٦٩٧، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبوخطوة صـ٢٢٤، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات صـ٢٩٦.

إنسانية ولفكرة التضامن بين البشر وأنها لا تنطوي على أي مساس بالشعور بالرحمة أو الاحترام الواجب لجثة المتوفي أو النيل من كرامته[1].

وأعلنت اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوربي في قرارها الصادر بتاريخ ١١ مايو ١٩٧٨م، والخاص بالتنسيق بين تشريعات الدول أعضاء المجلس في مجال استقطاع الأعضاء ونقلها، إباحة عمليات استئصال الأعضاء من جثة شخص المتوفي عندما لا يوجد ما يؤكد أنه كان سيعارض ذلك (م١٠) وأن هذا النص تمليه الضرورة الطبية والتي تحتم سرعة نقل العضو المستقطع[2].

وبمطالعة القانون الفرنسي نجد أن قرينة الرضا قد وضعت موضع التطبيق عبر التشريعات المتلاحقة[3] ففي القانون رقم (١١٨١) الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م والخاص بنقل الأعضاء، نجد المادة الثانية منه تقرر بأنه "يمكن اقتطاع الأعضاء لأهداف علاجية أو علمية من جثة شخص لم يُعلِم أثناء حياته رفضه مثل هذا الاقتطاع"[4].

كما أشارت المادة (٢/٩) من المرسوم (٥٠١ — ٧٨) الصادر ١٩٧٨م على أنه من حق كل شخص أن يقر بأنه قد علم بأن المتوفي في إحدى المنشآت الطبية المصرح لها

---

(١) مشار إليه : المظاهر القانونية لعمليات نقل القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/ رياض الخاني، صـ٢٨، والقانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة صـ٢٢٥، والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٦٩٧.

(٢) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا صـ٦٩٨.

(٣) حيث سبق وأن أعطى القرار الصادر من وزير الصحة الفرنسي في ٢٠ أكتوبر عام ١٩٤٧م، لرئيس القسم الجراحي بالمستشفيات التي يصدر قرار بتحديدها، سلطة تشريح الجثة أو استئصال أجزاء منها، متى تراءى له أن هناك مصلحة علمية أو علاجية تجيز ذلك، وأن يقوم بذلك فورًا ودون انتظار موافقة أحد.
فهنا يتم افتراض الرضا طالما أن الوفاة تمت في المستشفيات التي يحددها القرار، وذلك على أساس أن دخول المريض للمستشفى يعني ضمنيًا موافقته على الخضوع للقواعد المعمول بها داخل إدارة المستشفى بما في ذلك السماح باستئصال الأعضاء في حالة الوفاة. أما في حالة الوفاة خارج المستشفى فمن الصعب افتراض الرضا وإنما لابد من الموافقة الصريحة من المتوفي قبل وفاته أو من أسرته بعد الوفاة.
ينظر : Doll : op. cit., pp. ١٦٠ et ١٦٤, Savatier : op. cit., p. ٩٤.

(٤) فالمبدأ إذن وفقًا لهذه المادة هو حرية الأطباء باقتطاع الأعضاء بعد وفاة الشخص لأغراض علمية أو علاجية، ولا يوجد على هذه الحرية سوى قيد وحيد هو رفض صاحب الشأن الذي يجب أن يتم التعبير عنه أثناء حياته بشكل صريح، وقد أحدثت هذه القرينة صعوبة تتمثل في عدد الأعضاء التي يسمح باقتطاعها، ويبدو أن صيغة الجمع المستخدمة في هذه المادة الثانية من قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م تعطي الاعتقاد بشرعية الاقتطاع المتعدد للأعضاء، وعلى حد تعبير البعض "نظريًا يمكن اقتطاع الأجزاء المختلفة للجثة حتى لا يبقى منها شيء أبدًا".
J.P.Grenouilleu : تعليق على القانون رقم ١١٨١ — ٧٦ بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م المتعلق باقتطاع الأعضاء، دالوز، ١٩٧٧م، المقال رقم ٢٩، صـ٢١٧.
مشار إليه في: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٥٥.

بمزاولة استقطاع الأعضاء من جثث الموتى يرفض لأي مساس بجثته، ويكون على وجه الخصوص بالنسبة لأفراد أسرته وأقاربهم الذين بإمكانهم أن يدلوا بشهادتهم المؤيدة بالأدلة الضرورية في السجل الخاص المعد لذلك، وعليهم بصفة خاصة بيان وسيلة التعبير عن الرفض والظروف المحيطة به ونطاقه[1].

وبذلك يكون القانون (١١٨١) لسنة ١٩٧٦م والمرسوم التنفيذي له رقم (٥٠١) لسنة ١٩٧٨م قد غض النظر عن الرأي الشخصي للعائلة فاعتبارا من اللحظة التي تحدد فيها الموافقة الضمنية للمتوفى لا مجال لتفسيرها من قبل العائلة؛ لأنها لا تملك مبدئيًا التدخل في عملية الاقتطاع سواء كان ذلك من أجل الموافقة أو الاعتراض عليها[2].

وبالنسبة لقانون الصحة العامة الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤م، فإنه أقر أيضًا قرينة الموافقة ويظهر ذلك من خلال المادة ل٩ — ٦٧١ التي تنص على أنه "لا يمكن إجراء اقتطاع للأعضاء إذا عارضته إرادة المتوفي التي عبر عنها سواء بشكل مباشر أو من خلال شهادة عائلته أو أقاربه"[3].

ويمكن تطبيق قرينة الموافقة المفترض حسب قانون ٢٩ يوليو ١٩٩٤م في حالتين:

الأولى: الاقتطاع من أجل تشريح الجثة.

---

(١) الحماية الجنائية في الحق في سلامة الجسم، د/ محمد السيد الشوا صـ٧٠٠، وقد أبدى كثير من الفقهاء القانونيين معارضة قوية ضد قرينة الموافقة في هذا القانون واصفين إياها بأنها فخ، وهذا ما عبر عنه الدكتور Fench بعد فترة وجيزة من تبني قانون ١١٨١ لهذه القرينة حيث قال : "هذا القانون فخ ومكر مما سيسمح بوصوله فجأة للأشخاص المتوفين نتيجة حادث كالشيوخ والعجزة والمشردين أي الأكثر ضعفًا والأكثر حرمانًا في هذه الحياة، فالضحية الأولى لهذه التعليمات هم الناس الأقل معرفة أي البسطاء أولئك الذين لا يفقهون شيئًا والذين يجب على المشرع والأطباء تقديم المساعدة لهم وحمايتهم أكثر من أي شخص آخر".
F. Fench : جسم المحتضرين هدف للطمع والاضطهاد والظلم، صـ١٠٧، ١٠٨.
مشار إليه في : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٥٦، وما بعدها.

(٢) وقد طعن في فرنسا بعدم شرعية اللائحة التنفيذية المذكورة لإغفالها النص على حق أسرة المتوفى في الاعتراض على أي عملية استقطاع تجرى على جثته.
وصدر في هذا الخصوص قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٨ مارس ١٩٨٣م، والذي رفض هذا الطعن على أساس أن المشرع لم يرد أي نص خاص بحق أسرة المتوفى في الاعتراض، وبالتالي فلا تستطيع اللائحة أن تنفرد وتنص على هذه المكنة وإلا وصفت بعدم الشرعية لمخالفتها لنص القانون، فالقانون يستبعد قيام أحد أفراد العائلة بمعارضة الاقتطاع إذا لم يظهر الشخص المتوفى معارضته على ذلك خلال حياته.
ينظر : قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٨ مارس ١٩٨٣م.
J.C.P. 1983. Juris, I. no 20111, obs. J. M.AUBY.

(٣) وثيقة مجلس الشيوخ رقم ٦٧، ١٩٩٢ — ١٩٩٣م.

فلم يخضع القانون الاقتطاع الذي يهدف إلى البحث عن أسباب الوفاة (تشريح سريري) لوجود موافقة صريحة للمتوفي وبالتالي يجب الرجوع للقاعدة التي تنص على اقتطاع الأعضاء إذا لم يعارض ذلك إرادة المتوفي فتكفي هنا الإرادة المفترضة(١).

والثانية: الاقتطاع من شخص رأشد أو كامل الأهلية.

ففي حالة الاقتطاع من شخص راشد أو كامل الأهلية، لم ينص القانون رقم ٦٧١ لسنة ١٩٩٤م صراحة على قيام القرينة المفترضة بالنسبة للراشدين وإنما يفهم هذا بشكل ضمني لأن الاقتطاع من أجل التبرع لا يخضع لموافقة صريحة إلا إذا كان يقع على جثة قاصر أو راشد عديم الأهلية(٢).

وبالنسبة للتشريع الإنجليزي، فقد أعد اللورد Denbrod مشروعًا بقانون خاص بنقل الكلى في ٣١ مارس ١٩٦٨م، وعرض على مجلس العموم البريطاني وقد تبنى قرينة الرضا حيث نص على: أن استئصال كلية يعتبر عملاً مشروعًا ما لم يوجد هناك سبب يحمل على الاعتقاد بأن المتوفي كان سيرفض مثل هذه العملية(٣).

---

(١) أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ٢٦٨.
وإذا كان الاقتطاع للأهداف العلمية التي لا تهدف للبحث عن أسباب الوفاة، فيجب الحصول على موافقة يتم التعبير عنها من قبل المتوفى نفسه أو بشهادة عائلته المادة (٩ — ٦٧١) من قانون الصحة العامة بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٩٤م. ينظر : جريدة الجمعية الوطنية، العدد (٣٠) تاريخ ٢٦ أبريل ١٩٩٤م، صـ٩.

(٢) حيث نصت المادة (٨ — ٦٧١) من القانون على : "إذا كان الشخص المتوفى قاصرًا أو راشدًا خاضعًا للحماية القانونية فلا يمكن اقتطاع أعضائه من أجل التبرع إلا إذا أعطى كلا الحائزين على السلطة الأبوية أو وليه الشرعي موافقتهم صراحة وبشكل كتابي".
(وثيقة مجلس الشيوخ رقم (٦٧)، (١٩٩٢ — ١٩٩٣م)، المادة لـ٨ — ٦٧١ من قانون الصحة العامة الجديد).

(٣) ولم يأخذ المشرع الإيطالي في التشريع الصادر ١٩٦٨م بقرينة الرضا أو الموافقة المفترضة إلا بالنسبة لجثث الأشخاص الخاضعة لمراقبة التشخيص لمعرفة أسباب الوفاة، وفي غير ذلك يلزم موافقة أقارب المتوفى لجواز إجراء عمليات استئصال الأعضاء.
ولكن المشرع السويسري اعتد بقرينة الرضا كأساس لإباحة استقطاع الأعضاء في قانون مقاطعة زيورخ وعلى الرغم من الطعن على هذا القانون بعدم الدستورية على أساس أن حق التعبير الصريح قد كفله الدستور ومن ثم فلا يجوز الاستناد إلى مجرد قرينة الرضا، وإغفال القانون النص على رضاء المتوفى صراحة أو رضاء أسرته ينطوي على مخالفة للدستور.
إلا أن المحكمة الفيدرالية أصدرت حكمها في ٤ يوليو ١٩٧٥م برفض هذا الطعن وذلك إعمالاً لمبدأ المصلحة وذكرت أنه يوجد دائمًا محل لعمل مقارنة بين المصالح الحالة لمعرفة إلى أي مدى يكون حق الفرد محدودًا، وتبدو هذه المقارنة واضحة في مجال عمليات نقل الأعضاء حيث هناك مصلحة الشخص المتوفى الخاصة بإمكانية التصرف بحرية في جثته وفي المقابل فهناك مصلحة المريض الذي ينتظر أن ينقل إليه عضو من أجل إنقاذه أو شفائه.
وانتهت المحكمة الفيدرالية إلى أن قانون مقاطعة زيورخ لا ينطوي على أي مخالفة دستورية خاصة بالحريات الشخصية وأن قرينة الرضا تواكب طابع السرعة الذي تتسم به عمليات نقل الأعضاء.
راجع في ذلك : الحماية الجنائية في الحق في سلامة الجسم، د/ محمد السيد الشوا، صـ٦٩٨ — ٦٩٩.

وبخصوص التشريعات العربية فإن غالبية التشريعات العربية لم تأخذ بقرينة الرضا أو الموافقة المفترضة، وإنما المستقر فيها وجوب موافقة الشخص قبل وفاته أو موافقة أهله بعد الوفاة[١].

الاتجاه الثالث: الحصول على الأعضاء من جثث الموتى دون موافقة أحد (تأميم الجثة)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجوز المساس بالجثة لعلاج مريض في حاجة إليها كما يجوز للمعاهد والمراكز العلمية أن تتلقف الجثة حتى ولو لم يكن هناك مريض في حاجة إليها، لأن الأبحاث العلمية قد تؤدي إلى الوصول إلى نتيجة قد تغني في المستقبل عن إثارة احتياج أعضاء من جسم المتوفى[٢].

ووفقًا لمنهج أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب عدم تعليق شرعية المساس بالجثة لأغراض علمية أو علاجية على إرادة ذوي الشأن فلا حاجة لرضاء الميت أو أهله حتى في التشريح المرضي[٣].

فالمساس بالجثة يعد عملاً مشروعًا طالما في إطار هذا العمل العلاجي والعلمي؛ لأنه لو كان غير مشروع من حيث المبدأ، فإنه لن يصبغ عليه صفة الشرعية مجرد رضا المتوفي —أثناء حياته— عن طريق الإيصاء بجثته أو رضاء ذوي الشأن[٤] بعد وفاته.

---

(١) وهو ما تبناه المشرع الكويتي حيث اشترط وجوب موافقة أقرب أقرباء المتوفى وبإقرار كتابي ما لم يكن المتوفى قبل وفاته قد أبدى اعتراضه بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية، وكذلك فعل المشرع اللبناني في المرسوم الاشتراعي رقم (١٠٩) لسنة ١٩٨٣م حيث إنه لم يعطي موضوع الموافقة الضمنية أي اهتمام يذكر واقتصر على الموافقة الخطية لعائلة المتوفى كما أنه حددهم كما سبق.
وأما المشرع السوري فعلى الرغم من أنه يُفهم من المادة (٣/٥/أ) من القانون (٣١) لسنة ١٩٧٢م أنه أخذ بمفهوم الرضا المفترض حيث نص على جواز فتح جثة شخص ما لم يكن هناك اعتراض خطي وصريح من الشخص قبل وفاته وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن الشخص المتوفى يفترض فيه الموافقة على فتح جثته إذا هو لم يعترض اعتراضا خطيا وصريحا.
ولكن المشرع عاد وتدارك هذا الأمر حيث اشترط كذلك عدم معارضة أقارب المتوفى الذين لا تتجاوز قرابتهم الدرجة الثالثة وفي هذا صمام أمان.
راجع في ذلك : عمليات نقل وزراعة الأعضاء، د/ سميرة عابد ديات، ص٢٩٦ وما بعدها.

(٢) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد ص١٢٦.

(٣) تشريح جسم الإنسان لأغراض التعليم الطبي، د/شاكر شبير، ص١٥.

(٤) إذ إنه على الرغم من أن الأصل هو خضوع الإرادة للحكم الموضوعي المستفاد من القرينة القانونية وهو الأمر الذي يتجلى بوضوح في القرائن القانونية الموضوعية، إلا أنه خروجًا على هذا الأصل يرى الفقه أن القانون يسمح أحيانًا للإرادة أن تتجاهل الواقع الموضوعي المفروض، ويقابل ذلك السبب طبقًا للتصوير الموضوعي في الالتزام، وهو

#

وقد وصل الأمر في نظر البعض[1] إلى المناداة بتأميم الجثة واعتبارها ملكًا للدولة تتصرف فيها كما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة، فالجثة ليست مملوكة للشخص أو لأسرته وحقوق المجتمع يجب أن تكون لها الأولوية على جثة المتوفى بالنسبة لحقوق الأسرة المعنوية[2].

وفي مجال الجمع والتوفيق بين المصالح يتم ترجيح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكدة على مصلحة الأسرة حيث إن المصلحة المرجوة من توفير أمل الشفاء لملايين المرضى تعلو على ضرورة التمسك برضاء الأقارب[3].

ولهذا يستطيع الطبيب بمفرده أن يقرر مدى ملاءمة إجراء عمليات استئصال الأعضاء من الجثة دون موافقة أحد من أقارب المتوفى لنقلها إلى شخص آخر؛ فالطبيب هنا يتصرف باسم المجتمع ولمصلحة الجماعة[4].

فالمساس بالجثة بقصد الأبحاث العلمية والحاجة لمريض يعتبره البعض[5] سبب من أسباب الإباحة[6] في إطار ذلك القيد؛ فالإباحة وهدفها المشروع يعلوا على توقف هذه

الفرض المباشر الذي يريد الملتزم تحقيقه من وراء الالتزام، فالسبب في الالتزام طبقًا للمفهوم الموضوعي يتمتع بخصائص:
أولها: أنه موضوعي، وهو من ناحية ثانية أمر داخلي في الالتزام ذاته، وهو من ناحية ثالثة مجرد لا يتغير بتغير نوع الالتزام.
وقد وجه الفقه الحديث للمضمون الموضوعي التقليدي للسبب نقد مؤداه أن هذا المضمون يخلط بين السبب والمحل والرضاء ولهذا وجب أن يحتل السبب مركزًا خارجيًا عن الرضا فهو ليس دافع الإرادة وإنما هو المبرر القانوني الذي من أجله يعترف القانون بصحة الالتزام.
راجع في ذلك : محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، د/ نزيه صادق المهدي، صـ١٦٠، وهامش ١٨٩، والمدخل للعلوم القانونية، د/ توفيق حسن فرج، طبعة ١٩٧٦م، ف١٠٧، صـ١٧٩، وزرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ١٣٢، هامش ١.

(١) نادى بهذا الاتجاه الفقيه الإيطالي Giovanni، راجع في ذلك : المظاهر القانونية لعمليات نقل القلب والتصرف بالأعضاء، د/ رياض الخاني، صـ٢٢.

(٢) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٧٠٠.

(٣) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الأهواني، صـ٢١١ وما بعدها.

(٤) Décocq, op. cit., p. 207 – 208.

(٥) د/ أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، صـ١٣٣.

(٦) ذلك أنه يمكن تحديد الدور القانوني لسبب الإباحة ورده إلى أصله من المشروعية، وإذا كان القانون ينص على سبب الإباحة ويحدد شروطه إلا أن هذه النصوص القانونية ليست هي وحدها مصدر الإباحة، ومن ثم فالقياس جائز في تفسير تلك النصوص، وعلة ذلك أننا في مجال الإباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إذ لن يؤدي الاعتداد بالقياس إلى خلق جرائم أو تقرير عقوبات، ومن ثم فليس بشرط أن يُسند سبب الإباحة إلى مصدر قانوني معين، فقد يستخلص من مجموعة النصوص القانونية، وقد يرجع إلى المبادئ العامة للنظام القانوني

#

الشرعية على إرادة ذوي الشأن؛ لأنه حتى لو أباح ذوي الشأن، وكان رجال الدين يرون عدم شرعيتها، فإن رضاء ذوي الشأن لن يصبغ على المساس بالجثة صفة الشرعية[١].

ويأخذ بهذا الاتجاه التشريع البولندي الذي لا يقبل من حيث المبدأ الرجوع إلى الأسرة أو الورثة[٢].

كما أن المرسوم المتعلق باستقطاع الأعضاء ونقلها الصادر في يوغسلافيا ١٩٨٢م[٣] لم يتضمن أي نص خاص يستفاد منه ضرورة الحصول على رضاء المتوفي أو أسرته من أجل استقطاع جزء من جثته.

وفي فرنسا صدر مرسوم ٢٧ سبتمبر ١٩٤٧م[٤] والذي سمح للأطباء رؤساء بعض المؤسسات الصحية بإجراء التشريح أو اقتطاع الأعضاء رغم معارضة العائلة إذا قرر الأطباء "أن المصلحة العامة تفرض ذلك"[٥].

ثم بعد أقل من شهر صدر مرسوم ٢٠ أكتوبر ١٩٤٧م[٦] والذي نص على "... إذا قرر الطبيب رئيس القسم في المؤسسات الصحية الموجودة ضمن القائمة الصادرة عن وزير

وروحه، وأن موضع أسباب الإباحة قد يكون قانون العقوبات وقد يكون فرعًا سواه من أفرع القانون، فأسباب الإباحة لم يحددها المشرع على سبيل الحصر، وإذا كانت أسباب الإباحة غير محددة بنصوص، فهي حتمًا محصورة فيها، ومن ذلك نستخلص أن القانون لم ينص عليها على سبيل الحصر. ويترتب على أثر الإباحة أن يخرج الفعل من نطاق نص التجريم فيصير مشروعًا فلا فرق – من حيث القيمة القانونية – بينه وبين فعل لم يخضع ابتداء لنص تحريم.

ينظر تفصيل ذلك في : شرح قانون العقوبات، القسم العام، د/ محمود نجيب حسني، صـ١٥٠ – ١٥٤، والنظرية العامة للقانون الجنائي، د/ رمسيس بهنام، ط ١٩٧١م،الإسكندرية، صـ٣٤٠، والأحكام العامة في قانون العقوبات، د/ السعيد مصطفى السعيد، صـ١٦٦، وراجع في الاستدلال بذلك: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ١٣٣، وما بعدها هامش ٣.

(١) زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، صـ١٣٥.

(٢) ينظر : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، د/ محمد سامي الشوا، صـ٧٠١.

(٣) Rec. Int. Lég. Sanit., 1983, p. 814 et s.

(٤) وقد صدر هذا المرسوم ليتلافى نتائج مرسوم ١١ ديسمبر ١٩٤١م ومرسوم ١٧ أبريل ١٩٤٣م، حيث أخضعت المادة (٢٥) من المرسوم الأول شرعية تشريح الجثة لمهلة أربع وعشرين ساعة بعد التصريح بالوفاة في البلدية وبعد موافقة مسبقة من المحافظ أو من مدير الشرطة، كما منعت المادة ٤٢ من المرسوم الثاني، إجراء التشريح إذا كان هناك معارضة من العائلة. ولا شك أن وجود هذه الشروط يخل بالسرعة التي يجب أن يكون عليها انتزاع الأعضاء وهو ما يؤدي إلى إصابة التطور العلمي بالشلل وكبح جماح اقتطاع الأعضاء من أجل الزرع ولذلك تدخل المشرع بمرسوم ٢٧ سبتمبر ١٩٤٧م.

راجع تفصيل ذلك : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم صـ١٩٤، وما بعدها.

(٥) J.O. 29 – 30 Septembre 1947.

(٦) J.O. 23 Octobre 1947.

الصحة العامة والسكان أنه يوجد فائدة علمية أو علاجية تفرض ذلك فيمكن إجراء التشريح والاقتطاع بدون أي مهلة وحتى في غياب موافقة العائلة[1].

وبالنسبة للتشريعات العربية فإنها لا تجيز نقل الأعضاء من جثة المتوفى بدون إذن منه أو من أقاربه إلا في حالات معينة وهي حالات الجثة مجهولة الهوية ومن ذلك:

ما نص عليه المشرع اللبناني في المادة (٢/ب) من المرسوم الاشتراعي رقم (١٠٩) لسنة ١٩٨٣م، وهي حالة وجود الجثة تحت يد الطبيب وليس له زوج أو أولاد أو أب أو أم، وهنا يجوز لرئيس القسم في المستشفى أن يعطي الموافقة باستئصال أي عضو من أعضاء الجثة ونقله إلى مريض آخر[2].

وما ورد ضمن نص المادة (٤) من المرسوم المذكور وهي حالة جواز فتح الجثة لغاية علمية، وأخذ الأنسجة أو الأعضاء البشرية من هذه الجثة المجهولة أو التي نقلت إلى المستشفى أو المركز الطبي ولا يعلم هويتها وذلك ضمن الشروط المبينة ضمن أحكام المادة الثانية من ذات المرسوم.

ومثل هذه الحالات ما أورده المشرع الأردني في المادة (٥/ج) من قانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧م وأضاف إليها موافقة المدعى العام، وكذلك ما أورده المشرع السوري ضمن أحكام المادة (٤/٣) من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢م[3].

---

(١) وقد ألغى هذا المرسوم وهذه المادة بالمادة ٢٣ من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م.

(٢) وفي حالة ظهور أي قريب لهذا المتوفى من غير ما ذكر فإنه لا يعتد باعتراضه أو بظهوره. راجع : المادة (٢/ب) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم (١٠١) لسنة ١٩٨٣م.

(٣) عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، د/ سميرة عابد ديات، ص٣٠.

المطلب الثالث

أن يكون الهدف من استئصال الأعضاء من الجثة مشروع

مشروعية الغرض من الاستئصال

لابد أن يكون الهدف من استئصال العضو من الجثة مشروعاً، ويكون الاستئصال مشروعًا إذا كان يتفق مع النظام العام[(١)] والآداب العامة[(٢)] كما يجب أن يكون سبب الاقتطاع أخلاقيًا[(٣)].

لأن السبب يلعب دورًا هامًا في العلاقات التعاقدية حيث يستطيع القاضي بواسطة السبب مراقبة الطابع الأخلاقي للاتفاق، فالسبب هو الذي يسمح باكتشاف أهداف الأطراف المتعاقدة[(٤)].

فلا يكفي في مجال الالتزامات أن يكون للالتزام سبب وأن يكون الالتزام صحيحًا بل يجب أن يكون السبب مشروعًا[(٥)]، ويعتبر السبب غير مشروع أيضا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى تحقيق الربح المادي فقط، وليس إنقاذ المريض من الموت[(٦)].

وتكون عملية استئصال أجزاء من جثة المتوفى مشروعة إذا كانت تهدف إلى تحقيق أحد هدفين:

---

(١) والنظام العام يفترض وجود نزاع بين مصدرين من القواعد القانونية داخل الدولة : المصدر الرئيسي وهو الذي تشتق منه القواعد التي تنظم المصلحة العامة لمجموع الوطن، والثانوي وهو الذي يتحدث باسم المصالح المختلفة قانونًا، راجع في ذلك :
Weill et F. Terre : Droit civil, les obligations, Paris, précis dolloz, 1986, p. 286.
راجع في ذلك : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٨٩.

(٢) رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٤٧٣.

(٣) ويكون سبب الاقتطاع أخلاقيا إذا كان يهدف إلى علاج وإنقاذ المريض من الهلاك، أما إذا كان الاستقطاع لغرض التهرب من بعض الواجبات كالبتر الذي يكون لغرض التهرب من الخدمة العسكرية، فإنه مخالف للنظام العام لأنه لا يستهدف العلاج، ينظر: نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد محمد بدوي، صـ٥٩.

(٤) ولذلك فإن القانون يأخذ بعين الاعتبار وبشكل كبير الهدف المتوخى من قبل المتعاقدين، فحرية الشخص في التصرف بجسده مشروطة بالسبب الذي يجب أن يكون مشروعاً، ينظر: رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د/ مأمون عبدالكريم، صـ٤٧٤.

(٥) ويعتبر السبب غير مشروع متى كان معاقبًا عليه من قبل القانون أو مخالفًا للنظام العام والآداب العامة.
راجع : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٩٦.

(٦) نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد محمد بدوي، صـ٥٩.

أولهما: علاجي، فبسبب التقدم العلمي أصبحت الجثة لا تقل قيمة عن جسد الإنسان الحي وصارت لها أهمية كبرى في عالم الأحياء فهي مصدر غني لقطع الغيار اللازمة للبشرية من أعضاء أو أنسجة أو شرايين أو هرمونات(١).

وثانيهما: علمي، حيث إن الجثث أصبحت لها فائدة كبيرة لمعرفة العديد من أسباب المرض علاوة على تحديد أسباب الوفاة، وأيضًا في مجال التشريح الذي يعد من العلوم الأساسية لطالب الطب لكي يقف على تركيب جسم الإنسان ومعرفة وظائف الأعضاء.

وبالتالي فإن الجثث يجب أن لا تستعمل في أي غرض آخر غير ما ذكر وإلا اعتبر هذا الاستعمال غير مشروع(٢).

وبالنسبة للاتجاهات التشريعية بشأن أغراض الاستقطاع من جثة المتوفى فهناك اتجاهان أساسيان في الفقه المقارن(٣).

الاتجاه الأول: الجمع بين الأغراض العلاجية والعلمية:

ويأخذ بهذا الاتجاه التشريع الفرنسي الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦م، وتشريع لوكسمبرج الصادر في نوفمبر ١٩٥٨م، والقانون الأرجنتيني الصادر في مارس ١٩٧٧م.

وتحرص هذه التشريعات على ضرورة عدم تحول عمليات الاستئصال إلى نوع من التمثيل بالجثة، ولذا يجب العناية إلى أقصى درجة ممكنة بإعادة الجثة إلى شكلها الطبيعي بقدر الإمكان.

---

(١) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٧٠٢.

(٢) مثلما حدث في ألمانيا النازية عند استعمال جثث الموتى من أجل إنتاج بعض أنواع الأسمدة والكيماويات.
ولذا فإنه بعد الحرب العالمية أرادت عدة دول الوقاية ضد تجدد مثل هذا الإفراط، وقد تم تحديد قائمة من عشرة مبادئ تتعلق بالتجارب على الإنسان والتي عرفت باسم قانون Nuremberg، وذلك استنادًا لمبادرة المؤسسة الطبية العالمية، وقد حددت هذه القواعد، من جهة أخرى كل التجارب المحتملة على الحالات التي لا تسبب خطرًا للشخص الخاضع لها.
وقد ظهر على المستوى الدولي عدة توصيات دولية منها إعلان هيلسنكي عام ١٩٦٤م، وطوكيو عام ١٩٧٥م، وجينيف عام ١٩٨٢م.

(٣) راجع هذه الاتجاهات في : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، د/ محمد سامي الشوا، صـ٧٠٣، وما بعدها.

الاتجاه الثاني: النص على الأغراض العلاجية فقط:

ويمثل إلى هذا الاتجاه التشريع اليوغسلافي لعام ١٩٨٢م والبرتغالي لعام ١٩٧٦م والأسباني لسنة ١٩٨٠م وألمانيا الديمقراطية وفقًا للمرسوم الصادر في ٤ يوليو ١٩٧٥م.

وإذا كانت غالبية التشريعات قد ذهبت إلى جواز استقطاع الأعضاء من الجثة إلا أنها أوردت على ذلك مجموعة من القيود والتي يمكن تقسيمها إلى قيود عامة نصت عليها غالبية التشريعات وقيود خاصة انفردت بها بعض التشريعات دون البعض الآخر ونعرض لها فيما يلي:

أولاً: القيود العامة:

١- لا يجوز القيام بعمليات استئصال الأعضاء ونقلها إلا في المستشفيات ودور الصحة العامة التي يصدر بتحديدها قرار وزير الصحة[١].

٢- عدم مشاركة الفريق الطبي الذي قام بالتحقق من حالة الوفاة في مباشرة عمليات استقطاع الأعضاء من جثة المتوفى أو نقلها إلى شخص آخر[٢].

٣- ينطبق على عمليات استقطاع الأعضاء ونقلها الالتزام بعدم إفشاء سر المهنة ولا يجوز أن يصدر بيان عن هذه العمليات إلا عن طريق السلطة المختصة بالمستشفى، وفي جميع الأحوال لا يجوز إعلان اسم المعطي أو المنتفع بالعضو[٣].

---

(١) وأشار إلى ذلك : المرسوم الملكي الأسباني لسنة ١٩٨٠م (م٦)، ومرسوم ألمانيا الديمقراطية عام ١٩٧٥م، والتشريع الأرجنتيني عام ١٩٧٧م، والتشريع البرتغالي عام ١٩٧٨م، والبرازيلي عام ١٩٦٨م، واليوغسلافي في عام ١٩٨٢م، وتشريع لوكسمبرج عام ١٩٥٨م، والفرنسي عام ١٩٧٦م، وقد تم في فرنسا إنشاء المؤسسة الفرنسية لزرع الأعضاء والتي نص على إنشائها قانون ٤٣ – ٩٤ بتاريخ ١٨ يناير ١٩٩٤م، وقد تبنى القانون رقم ٦٥٤ – ٩٤ بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٩٤م مجمل النظام السابق مع إضافة بعض التعديلات الدقيقة فقد اشترط ممارسة نشاط زرع الأعضاء في المؤسسات الصحية المرخصة لهذه الغاية (المادة ١٤ – ٧١٢ من قانون الصحة العامة).

(٢) أشار إلى ذلك المادة (٣/٢٢) من القانون المدني الكندي لمقاطعة كويبك، والمادة (٢٠) من اللائحة التنفيذية الصادرة في فرنسا ١٩٧٨م، والمادة (١٠) من المرسوم الملكي الأسباني ١٩٨٠م، والمادة (٣/٥) من القرار المنظم لعمليات نقل الأعضاء الصادر في ألمانيا الديمقراطية عام ١٩٧٥م، والمادة (١/٢٧) من التشريع الأرجنتيني ١٩٧٧م، والمادة (١/٣) من التشريع البرتغالي عام ١٩٧٦م.

(٣) نص على ذلك المادة (٦) من التشريع البرتغالي ١٩٧٦م، والمادة (٢٧/د) من التشريع الأرجنتيني ١٩٧٧م، والمادة (٣/١٣) من القرار المنظم لعمليات نقل الأعضاء في ألمانيا الديمقراطية ١٩٧٥م.

٤- لا يجوز إجراء استئصال أجزاء من جثة المتوفى إذا كان هناك شبهة جنائية اقترنت بحالة الوفاة إلا بعد الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص[١].

ثانيًا: القيود الخاصة:

١- يحرم مباشرة عمليات استئصال أجزاء من جثث الموتى إلا بعد مضى فترة زمنية معينة من إعلان حالة الوفاة[٢].

٢- قصر عمليات الاستئصال من جثث الموتى على رعايا الدول المنظمة لهذه العمليات ما لم يعبر المتوفي الأجنبي على عكس ذلك صراحة[٣].

---

(١) أشار إلى ذلك المادة (٩) من القانون البرازيلي ١٩٦٨م، والمادة (١٠) من المرسوم الملكي الأسباني ١٩٨٠م، والمادة (٢/٤) من التشريع البرتغالي ١٩٧٦م، والمادة (٢/٤) من القرار المنظم لعمليات نقل الأعضاء في ألمانيا الديمقراطية ١٩٧٥م.

والمادة الأولى من مرسوم ٢٠ أكتوبر ١٩٤٧م بفرنسا والتي بمقتضاها لا يمكن إجراء اقتطاع من جثة الأشخاص الذين نقلوا إلى المشافي إثر جريمة أو حادث والذين كانوا من المكن أن يكونوا محلاً لتدخل مأمور الشرطة أو أي مفوض آخر من السلطة القضائية، ولكن منشور ٣ أبريل ١٩٧٨م، وأمام وجود حالة أو ظروف تفترض أن الموت عائد إلى جريمة أو انتحار جعل على الطبيب إذا لاحظ وجود شبه جنائية، عدم إجراء أي اقتطاع للأعضاء أيًا كان بدون موافقة النائب العام للجمهورية.

وحتى إذا أعطى هذا الأخير موافقته فلا يستطيع الطبيب اقتطاع الأعضاء إذا كان من شأنه أن يطمس معالم الجريمة : "فيجب أن يمتنع عن أي اقتطاع يجعل الدليل على سبب الوفاة احتماليًا". (الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م). وراجع تفصيل ذلك : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، صـ٢٦٤ وما بعدها.

(٢) وقد اختلفت هذه الفترة من تشريع لآخر فهي تقدر بحوالي ساعتين في التشريع التشيكي عام ١٩٦٨م، وحوالي ٢٤ ساعة في كل من تشريعات :لوكسمبرج عام ١٩٥٨م، والكويتي عام ١٩٨٣م، والإيطالي عام ١٩٦٨م.

وبالنسبة للتشريع الفرنسي فقد أخضع مرسوم ٣١ ديسمبر ١٩٤١م شرعية تشريح الجثة لاحترام مهلة أربع وعشرين ساعة بعد التصريح بالوفاة (المادة ٥) من المرسوم (المذكور)، وكذلك المادة (٨٠) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه : "يجب على المديرين الإداريين أو مديري المشافي الالتزام بإعطاء إشعار بالوفاة لمأمور الأحوال المدنية خلال أربعة وعشرين ساعة" (الفقرة الثالثة من المادة ٨٠ مدني).

ولكن المشرع الفرنسي عاد في مرسوم ٢٠ أكتوبر ١٩٤٧م ونص على "... إذا قرر الطبيب رئيس القسم في المؤسسات الطبية الموجودة ضمن القائمة الصادرة عن وزير الصحة العامة والسكان أنه يوجد فائدة علمية أو علاجية تفرض ذلك فيمكن إجراء التشريح والاقتطاع بدون أي مهلة وحتى في غياب موافقة العائلة. (ثم ألغى هذا المرسوم بالمادة ٢٣ من مرسوم ٣١ مارس ١٩٧٨م).

(٣) أشار إلى ذلك المادة (٧) من المرسوم الملكي الأسباني عام ١٩٨٠م، والمادة (١٤) من القرار المنظم لعمليات نقل الأعضاء في ألمانيا الديمقراطية عام ١٩٧٥م.

المبحث الثاني
ضوابط استئصال الأعضاء من جسم المتوفي
في الفقه الإسلامي

الضوابط الشرعية للاستئصال

إذا كان الفقه الإسلامي قد انتهي على الراجح من أقوال فقهائه إلى جواز المساس بجثة المتوفى في حالة الضرورة ولعلاج مريض مضطر إلى ذلك، وأنه ليس هناك ما يحول من أن يتم اقتطاع الأعضاء وزرعها إلى المرضى المحتاجين إليها لإنقاذ حياتهم من الموت، وأن عملية زراعة الكبد تجوز وتعتبر من جملة العلاج المشروع ، ولكن لابد من توافر عدة ضوابط لكي يتم هذا الاستئصال على نحو مشروع، وهذه الضوابط تتعلق بضرورة موافقة المعطي قبل وفاته من خلال الوصية، أو موافقة أهله في حالة عدم اعتراضه، ولذا فإنه ينبغي التعرض لهذه الضوابط على النحو التالي:

المطلب الأول: الوصية من المعطي قبل وفاته بالعضو.

المطلب الثاني: موافقة أهل الميت في حالة عدم اعتراضه.

المطلب الأول

الوصيـة مـن المعطـى قبل وفاتـه بالعضـو

مفهوم الوصية:

الوصية لغة هي: من وصيت الشئ أوصيه إذا وصلته قال أبو عبيد[1]: "وصيت الشيء ووصلته سواء"، ويقال أرض واصية أي متصلة النبات[2]، قال الأصمعي[3]: " وصى الشيء يصي: إذا اتصل، ووصاه غيره ، يصيه : وصله"، وتطلق على جعل شئ لآخر، فيقال أوصى له أي جعله له[4].

والوصية شرعاً: عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة منها:

عرفها الحنفية: بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع[5].

وعرفها المالكية: بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده[6].

وعرفها الشافعية: بأنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت ولو كان تقديراً[7].

---

(١) هو: القاسم بن سلام الهروي الأزدي ، من كبار العلماء في الحديث والأدب والفقه ، من أشهر كتبه الغريب في غريب الحديث ، وفضائل القرآن وغيرها ، وكانت وفاته سنة ٢٢٤هـ . راجع : الأعلام للزركلي، جـ٥، صـ١٧٦.

(٢) لسان العرب ، لابن منظور، جـ١٥ صـ٣٩٥.

(٣) هو: الإمام العلامة حجة الأدب ولسان العرب أبو سعيد عبدالملك بن كريب بن عبدالملك الأصمعي اللغوي الأخباري ، أحد الأعلام ، ولد سنة بضع وعشرين ومائة ، قال المبرد : كان بحرً في اللغة ، وكان ذا حفظ وذكاء ولطف في العبارة ، وتصانيف الأصمعي ونوادره كثيرة، وكانت وفاته سنة ٢١٥هـ وقيل سنة ٢١٦هـ راجع : تهذيب سير أعلام النبلاء للذهبي ، جـ١ ، صـ٣٦١، هذبه أحمد فايز الحمصي. ط الثانية مؤسسة الرسالة ١٤١٣هـ بإشراف شعيب الأرنؤوط.

(٤) مختار الصحاح ، صـ٧٢٥، والمصباح المنير صـ٦٢٢.

(٥) شرح فتح القدير، لابن الهمام، جـ١٠، صـ٤١٤.

(٦) التاج والإكليل، للمواق، جـ٨، صـ٥١٣ ، الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه ، ١١٩٧هـ جـ٤، صـ٤٢٢.

(٧) حاشية البيجورى، لعلى ابن القاسم ، جـ٢، صـ١٢٧، ضبط وتصحيح / محمد عبدالسلام شاهين ، دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م، والمجموع، للنووي، جـ١٦، صـ٢٩٢.

وزاد البعض على ذلك فعرفها: بأنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت ولو تقديرا ليس بتدبير ولا تعليق عتق بصفة ونحو ذلك[1].

وعرفها الحنابلة: بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده[2].

وأشار إليها ابن قدامة بقوله : " الوصية بالمال هي التبرع بعد الموت[3]".

وعرفها الزيديه: بأنها إقامة المكلف مكلفاً آخراً مقام نفسه بعد الموت في شئونه أو بعضها[4].

وعرفها الإمامية: بأنها تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة[5].

وعرفها الإباضية: بأنها عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت وقد يصحبه التبرع[6].

وبالنظر في هذه التعريفات نجد أن الوصية بمفهومها الشرعي مجالها الأموال وجسم الإنسان خارج عن دائرة الأموال في الفقه الإسلامي[7] وبالتالي فإن جسم الإنسان يخرج من نطاق الوصية بمعناها الشرعي[8] لأنها إنما تثبت بالتداول وتمول الناس كافة أو بعضهم[9] وهذا ما ذهب إليه الفقهاء القدماء فلم يجيزوا شرعاً التصرف في أجزاء

(١) حاشية قليوبي وعميرة، جـ٢، صـ١٥٦.

(٢) الروض المربع للإمام البهوتي، صـ٣٩٧، بتحقيق عماد عامر، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م -- دار الحديث، والإنصاف للمرداوي، جـ٧، صـ١٧٢، دار الكتب العلمية – ط أولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

(٣) المغني، لابن قدامة، جـ٨، صـ١٢٨.

(٤) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار، للعلامة أحمد بن قاسم الأنسي، جـ٤، صـ٣٥٧ – مكتبة اليمن الكبرى.

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، لمحمد بن جمال الدين المكي العاملي، جـ٥، صـ١١، دار التعارف للمطبوعات ، بدون رقم طبعة.

(٦) شرح كتاب النيل للإمام محمد بن يوسف أطفيش، جـ١٢، صـ٢٦١، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م، مكتبة الإرشاد.

(٧) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٤٤٩.

(٨) فتوى دار الإفتاء المصرية الموضوع رقم ١٣٢٣ ، ينظر الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية المجلد العاشر، طبعة ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م بالقاهرة صـ ٣٧٠٢، ٣٧١٥، وهي منشورة كاملة في : أحكام نقل الدم، لأستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي ، صـ٤٨٦ وما بعدها.

(٩) حاشية ابن عابدين، جـ٤ صـ٥٠١، وبالنظر في كتب الفقه نجد أن بعض الفقهاء لم يفرقوا بين الايصاء والوصية حيث إنهم أوردوا تعريفات جامعة تشمل الإيصاء والوصية معاً ، راجع : نتائج الأفكار تكملة فتح القدير، جـ٨ صـ٤١٦، حيث ورد فيها تعريف جامع للوصية والايصاء فعرف بأنه "إيجاب بعد الموت" ، وفي حاشية الدسوقي

#

الجثة، لكون جثة الإنسان ليست مالاً، فلا تجوز محلاً للوصية التي يشترط في محلها أن يكون مالاً أو حقاً مالياً مملوكاً لشخص يمكن أن ينتقل إلى ورثته[1]، فجسم الإنسان ليس تركة، فلا يدخل في دائرة الأموال أو المنافع أو الحقوق، فهو لا يُعدُّ مالاً متقوماً من حيث الأصل، ومن ثم فإنه لا يجوز الإيصاء به ولا ببعض أجزائه، وذلك لأنه لا يعد من الحقوق المالية، فلا يصح محلاً للمعاملات المالية، ولا التصرف بأي جزء منه[2]. لقوله تعالى: " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ "(سورة الإسراء ، آية : ٧٠) ومن مقتضيات التكريم ألا تنتهك حرمته أو يعتدى على كيانه بعد موته.

قال القرطبي: " كَرَّمْنَا " أي جعلنا لهم كرما أي شرفا وفضلا وهذا هو كرم نفي النقصان لا كرم المال وهذه الكرامة يدل فيها خلقهم على هذه الهيئة في امتداد القامة وحسن الصورة "[3].

ولكن جسم الإنسان باعتباره من قبيل الأشياء يدخل في مفهوم الوصية بمعناها اللغوي، لأن الوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه[4] كما أن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت[5] فكأن الشخص الذي يوصي بجثته للغير بعد وفاته قد استخلف هذا الغير لينتفع بها شأنها شأن الانتفاع بأي شئ أخر، فكما أنه يجوز للشخص تمليك منفعة جزء من جسمه وأعضائه للغير في حال حياته بمقتضى القدر الثابت له من الولاية على جسده[6]، وامتداد هذه الولاية إلى ما بعد وفاته، عن طريق

على الشرح الكبير، جـ٤ صـ٣٧٥، ما يفيد بأن الإيصاء عقد يوجب نيابة عن العاقد بعد الموت والإيصاء والوصية عندهم بمعنى واحد، وورد في نهاية المحتاج : جـ٦ صـ٣٩، "الإيصاء يعم الوصية والوصايا لغة والتفرقة بينهم من اصطلاح الفقهاء، وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف إلى ما بعد الموت والوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده".

(١) المغني، لابن قدامة، جـ٦، صـ٧٣، والمحلى، لابن حزم، جـ١، صـ١٢٤، ومواهب الجليل، للحطاب، جـ٤، صـ٢٥، والفقه على المذاهب الأربعة، عبدالرحمن الحريري، جـ٣، صـ٤٣٨.

(٢) أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي، الجزائر ، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، جـ١، صـ١٧٦.

(٣) تفسير القرطبي ، جـ١٠ ،صـ٢٩٣ .

(٤) شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير للعلامة أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، جـ ١٠ صـ٢٥٤، دار الفكر — الطبعة الثانية.

(٥) الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، جـ١٠ صـ٤٤٩، الطبعة الثانية ، دار الفكر.

(٦) وهذا هو قول جمهور العلماء بناءً على أن المنافع يصح تمليكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال، وخالف ابن أبي ليلى والظاهرية فقالوا بعدم صحة الوصية

#

وصية يوصي بها في حياته[1]، فإنه إذا أوصى المتوفى بجثته لكليات الطب، أو بجزء منها لإنقاذ مريض من الموت المحقق، فإن هذه الوصية جائزة شرعاً، وذلك لأن أخذ العضو من الميت بناء على وصيته ليس فيه إسقاط أو تنازل للحقوق الشرعية الثابتة على الجثة، لأن صاحب الحق قام بالتصرف فيه إبان حياته، وأن هذا لا يعد مثلة[2] أو إهانة للجثة[3].

وهذا ما أقره الفقه المعاصر حيث ذهب إلى القول بأن الوصية بالمنافع جائزة شرعاً، ومنها الوصية بالانتفاع بجثة الميت أو بعضو من أعضائه للحاجة التي يبيحها الشرع[4].

بالمنافع ؛ لأنها وإن ملكت بالمعاوضة كما في عقد الإجارة إلا أنها إنما جازت في الإجارة فيما ملك المؤاجر رقبته لا فيما لا ملك له فيه، ومنافع الشيء كغلة الدار وخدمة العبد وثمرة شجرة منتقلة بموت لها إلى ما أوصى فيه بكل ذلك أو إلى ملك الورثة لا بد من أحدهما وهذا بإقرار المخالفين فتنتقل إلى ملك الورثة، ووصية المرء في ملك غيره باطل لا تحل كما أن إجارته لملك غيره لا تحل. والراجح هو ما ذهب إليه جمهور العلماء؛ لأن المنافع في معنى الأموال فيصح تمليكها والوصية بها. راجع : بدائع الصنائع، جـ٧، صـ٣٥٢ ، وبداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٤٠٠ ، وشرح منهاج الطالبين، جـ٣، صـ١٦٠ . والمغني لابن قدامة، جـ٨، صـ٢٠٧، والمحلى لابن حزم، جـ٩، صـ٣٢٦.

(١) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٤٤٩.

(٢) ذكر بعض الفقهاء بأنه يحرم المثلة بالجثة، وقطع شيء من أطراف الميت، وإتلاف ذاته، وإحراقه، ولو أوصى به. ينظر: كشاف القناع، الشيخ البهوتي، تعليق الشيخ هلال، جـ٢، صـ١٢٧، وقال البعض الآخر بأن حقوق الشخص على جثته هي حقوق شرعية خالصة لله تعالى فلا يجوز إسقاطها أو التنازل عنها. ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، جـ٢، صـ١٠٢، والفروق، للقرافي، جـ١، صـ١٩٥، ومغني المحتاج، للخطيب الشربيني، جـ١٠، صـ٢٤٨، والمحلى، لابن حزم، جـ١، صـ١١١٨، والتاج والإكليل، محمد المواق، جـ٢، صـ٢٥٤، وهذا الكلام خارج عن محل النزاع لأن الهدف من أخذ العضو من الميت، هو إنقاذ مريض محتاج إليه وتحقيق رغبة الميت من خلال إعمال وصيته وليس من أجل التمثيل به ، وإنما المثلة شرعاً هي أخذ العضو من الجثة بغرض التنكيل والتشويه والعبث والتعدي على حرمة الميت ينظر: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة د/ محمد نعيم ياسين، صـ١٧٦، فإذا مات المتوفى، وهو الموصي بالعضو مصراً على وصيته، تمت الوصية ولزمت شرعاً، إذ إنه ليس هناك نص خاص يمنع شرعاً التداوي بأجزاء الميت، ينظر: مدى تعلق الحقوق بالتركة، الشيخ علي الخفيف، مجلة القانون والاقتصاد، عام ١٩٤٤م، العدد ١ و ٢، صـ٨١ وما بعدها، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية د/ أحمد شرف الدين، صـ١٥٠ ، والحكم الشرعي لاستقطاع الأعضاء وزرعها، د/ أمين محمد البطوش، صـ٣٣٥.

(٣) الولاية على النفس، الشيخ محمد أبو زهرة، صـ٥٤ وما يليها، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي بن أحمد، صـ١٠٨.

(٤) الفقه الإسلامي ومرونته وتطوره، للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، سلسلة البحوث الإسلامية، إصدار مجمع البحوث الإسلامية،ط ١٩٨٩م صـ٢٤٨، التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية، د/ محمد نعيم ياسين، مجلة الحقوق، ١٩٨٨م، العدد ٣، صـ٢١٢، لجنة الفتوى بالأزهر، فتوى في ١٩٧٩/١٢/٥م. الفتاوى الإسلامية، المجلد ١٠، صـ٣٧١٤.

فالشخص متى كان بالغاً عاقلاً، يكون من حقه التصرف في جسده، فالبلوغ يضع حداً للسلطة على الشخص[١]، ومن ثم، يمكنه أن يوصي قبل وفاته، بجثته، أو بأجزاء منها لضرورة علاجية أو لأغراض علمية أو طبية[٢]، ويشترط شرعاً في الميت الموصي أهلية الإيصاء، بأن يكون أهلاً للتبرع، أي بالغاً عاقلاً، أما إذا كان قاصراً أو ناقص الأهلية كالمجنون أو المعتوه أو السفيه فيلزم شرعاً الحصول على موافقة الولي على النفس، ويشترط أيضاً أن يكون الموصي راضياً مختاراً، بأن يصدر منه رضاء حر وصريح بإقرار كتابي، فإذا كان مكرهاً أو خاطئاً أو هازلاً أو فاقداً للوعي والإدراك فلا تصح الوصية[٣].

وإذا كان الفقهاء المعاصرين قد انتهوا إلى جواز ومشروعية الوصية بأجزاء الميت، فما هو الأساس الذي أستند إليه الفقهاء لتقرير هذه المشروعية ؟ يمكن لنا أن نقرر أن أساس المشروعية يتمثل فيما يلي:

١- القياس على حالة التبرع حال الحياة، لأن المراد بالوصية التبرع[٤] –أي الهبة– ولا فرق في ذلك بينهما، غير أن الهبة عقد منجز والوصية عقد معلق بالموت[٥] لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت[٦] فإذا قد ثبت للشخص حق التبرع بعضوه حال حياته بمقتضى أن له قدراً من الولاية على جسده، فإنه من باب أولى يجوز للشخص التصرف في جثته أو جسده بعد وفاته[٧].

---

(١) الولاية على النفس، الشيخ محمد أبو زهرة، صـ٥٤ و٧٠.

(٢) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة د/ محمد نعيم ياسين، صـ١٧٦، موت الدماغ، ندى الدقر، صـ٢٠٥ وما يليها، وحكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، د/ بلحاج العربي، صـ٧٤.

(٣) اشترط الحنفية في الموصي أن يكون من أهل التبرع ، فلا تصح وصية المجنون ولا الصبي ولا العبد ولو مأذونا أو مكاتبا ، وأن يصدر الإيجاب برضاه فلا تصح وصية المكره ولا الهازل ولا الخاطئ. (راجع : بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ٣٣٤/٣٣٥)، واشترط المالكية أن يكون الموصي حرا مميزا مالكا ولو سفيها أو محجورا عليه. (راجع : مواهب الجليل، للحطاب، جـ٨، صـ٥١٣،٥١٤)، واشترط الشافعية أن يكون مكلفا حرا مميزا فلا تصح وصية المعتوه والمبرسم (هو العليل والبرسام علة ذات الجنب وهو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة، ينظر: لسان العرب، جـ٢، صـ٣٧٦، المعجم الوجيز، صـ٤٥، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم سنة ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م) ولا وصية العبد ولا المكاتب ولا أم الولد، ووصايهم باطلة وهو رأي الحنابلة أيضا.(راجع : المجموع، للنووي، جـ١٦، صـ٣١٢، والمغني لابن قدامة، جـ٨، صـ٢٦٩،٢٧٣) واعتبر الزيدية في الموصي التكليف والاختيار حال الوصية، واعتبر الإمامية فيه كمال العقل والحرية. (راجع : التاج المذهب ، جـ٤، صـ٣٥٧، وشرائع الإسلام، جـ٢، صـ٢٤٤).

(٤) شرح العناية على الهداية، جـ١٠ صـ٢٥٤.

(٥) نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير، لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زادة، جـ١٠ صـ٢٥٤، الطبعة الثانية، دار الفكر.

(٦) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، جـ٢ صـ٦٩١، الإقناع لشرف الدين الحجاوي، جـ٤ صـ٢٦.

(٧) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء د/ محمد زين العابدين طاهر صـ٤٥٣.

٢- إن القول بجواز الوصية يتمشى مع روح الشريعة الإسلامية وقواعد الفقه الإسلامي التي تأبى أن تترك مريضاً ملهوفاً يتلوى من مرض ميئوس من شفائه، من أجل عضو ينقذ به حياته، ولا سيما وأن كان هذا العضو سوف يبلى في التراب ويكون مصيره التلف والله سبحانه وتعالى لم يجعل الحرج في الدين ولا يريد جعله[١] ولأن المشقة تجلب التيسير[٢] والأمور إذا ضاقت اتسعت[٣]، فالفقه الإسلامي يسعى إلى إنقاذ النفوس من الهلاك والتي هي من الكليات الخمس إلى جانب أن أحكامه وضعت من أجل مصالح الخلق[٤].

يقول الإمام أبى حامد الغزالى: "ومقصود الشارع من الخلق خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، وهذه الأصول حفظها واقع في مرتبة الضرورة، فهي أقوى المراتب في المصالح"[٥].

١- إن الوصية من جانب المتوفى هي من باب الخير الذي يعود عليه بالنفع والثواب بعد وفاته، لأنه بذلك يكون قد أنقذ حياة مريض حي يحمل عضوه ويذكره بالخير الذي فعله له فيكون حافزاً على الدعاء للميت كلما تذكر نعمة صحة عضوه الذي استفاده من الميت[٦] فهذا التبرع يمكن أن يكون من باب الصدقة الجارية حيث ورد في الحديث الشريف " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ "[٧]، وهل هناك صدقة جارية أفضل من عضو ينتفع

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ٢ صـ١٤٩.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٧٥.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٢.
(٤) الموافقات للشاطبي جـ٢ صـ٢٩، تعليل الأحكام، للشيخ محمد شلبي، صـ٢٦٦، نظرية الضرورة الشرعية، د/ وهبة الزحيلي صـ١٣.
(٥) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى صـ١٠٣. دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، وضع حواشيه الشيخ زكريا عميران.
(٦) ينظر: حكم الاستفادة من أعضاء الموتى، د/ محمود ناظم النسيمي صـ٧٠، حكم التغذي والتداوي بالمحرمات في الشريعة الإسلامية، د/ خليل حميض، صـ٢٢٨.
(٧) صحيح مسلم ، كتاب: الوصية، باب: ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، رقم ٣٠٨٤، جـ١٧ صـ٤٩.

به في إحياء النفس والتي جعل الشارع إحيائها كمن أحيا الناس جميعاً من أسباب الهلاك[1].

٢- وجوب احترام إرادة المتوفى في إعمال وصيته، وبالخصوص إذا كانت تتعلق بجسده وأعضائه التي هي دمْاء[2] من بعد وفاته، واحترام إرادة الميت هذه معتبرة عند الشارع الحكيم، كما في مسألة عفو المجني عليه عن قاتله أو جارحه في جناية العمد، بعد الجرح وقبل الموت[3] حيث يعتبر عفوه صحيحاً فإرادته محل اعتبار لدى ورثته وأولياء دمه. فلا يحق لهم المطالبة بالقصاص[4]، لأنهم مجرد نائبون عن المتوفى، وهو وحده صاحب الحق في التصرف في جسده[5]، وإذا كانت الشريعة الإسلامية تجيز للشخص أن يملك المنفعة الثابتة له على جسده في حياته في نطاق المعاملات الشرعية، كما هو الحال في عقود العمل كالإجارة[6] مثلاً فإنه يجوز من باب أولى أن يملكه للغير بعد مماته بطريق الوصية[7] لما فيه من تحقيق مصلحة شرعية للغير الحي ورعاية المصالح أمر مطلوب شرعاً، كما أن تحقيق النفع للآخرين مندوب إليه[8].

وعلى هذا الأساس، اتفق جمهور الفقهاء أنه لا يَجوز شرعاً نقل الأعضاء أو الأنسجة أو استئصالها من جثة الميت لزرعها في جسم إنسان حي مضطر إليها، إلا إذا

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام جـ١ صـ١٣٠، الموافقات جـ٢ صـ٢٠٦.

(٢) ينظر: القواعد لابن رجب، صـ٣٦٧.

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل، جـ٨ صـ٥ ، والمبسوط للسرخسي، جـ٢٤ صـ٩١.

(٤) ينظر في ذلك: بداية المجتهد، جـ٢ صـ٥٢٠، وحاشية الصاوي على شرح أقرب المسالك للشيخ الدرديري جـ٢ صـ٣٥٤، وحاشية البرماوي على شرح الغاية لابن قاسم الغزي صـ٢٦٥، ٢٦٦، والمبسوط للسرخسي جـ٢٦ صـ١٤٧، ومجمع الأنهر جـ٢ صـ٦٣٢، ومغني المحتاج جـ٤ صـ١١ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم صـ١٢٩، وكشاف القناع جـ٥ صـ٥١٨، والبحر الزخار، جـ٥ صـ٢٢٨، وفي العفو عن الجراح واعتبار إرادة المجني عليه شرعاً ينظر: بدائع الصنائع ، جـ١٠ صـ٤٦٣٣، ومغني المحتاج جـ٤ صـ٥٠، ٥١، وحاشية الدسوقي جـ٤ صـ٢١٣، والمغني جـ٩ صـ٤٧٠، والمحلى جـ١٠ صـ٤٨٦، وينظر أيضا: الجنايات في الفقه الإسلامي ، د/ حسن الشاذلي، صـ١٦٤ وما بعدها، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٤٥٨.

(٥) بداية المجتهد، جـ٢ صـ٥٢٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم، صـ٢٨٥، ٢٩٠.

(٦) ينظر في إجارة الأشخاص على سبيل المثال : بداية المجتهد، جـ٢ صـ٢٤٨، والمحلى، جـ٨ صـ١٩٣.

(٧) نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٤٦٠.

(٨) نظرية الضرورة الشرعية ، د/ وهبة الزحيلي، صـ٨١.

أوصى بذلك قبل وفاته، بأن تكون هناك موافقة خطية (أي كتابية) من المتبرع (وهو المعطي) في حياته على قبول ذلك صراحة [١]، وهذا هو الإذن بالاستئصال [٢]، ولذا فقد أقرت الفتاوى الشرعية والمؤتمرات العالمية مشروعية وصية الشخص بجسده كله أو بعضه[٣].

فالعبرة هي بقبول الشخص التبرع بعضوه قبل وفاته وإيصائه بذلك، وإلا فإنه لا يجوز استئصال الأعضاء من الجثة بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابياً عن عدم موافقته على ذلك[٤]. فمتى أوصى الميت باستئصال عضو من جثته قبل وفاته دون ضغط أو إكراه أياً كان نوعه، وتوفي مصراً على وصيته، فهذه الوصية جائزة شرعاً لأن المصلحة فيها أعظم من الضرر الذي يصيب الميت[٥].

وقد سئل الدكتور يوسف القرضاوي عن حكم الوصية بالعضو الآدمي؟ فقال: لا يوجد مانع شرعي أن يوصي الميت قبل وفاته بعضو من أعضائه لشخص معين، أو لمؤسسة مثل بنك الأعضاء لاستخدامها عند الحاجة، لأن في ذلك منفعة خالصة للغير، دون احتمال أي ضرر عليه، فإن هذه الأعضاء تتحلل بعد أيام ويأكلها التراب، فإذا

---

(١) وقد نص مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من ٢٨ جمادى الأولى إلى ٢ جمادى الآخرة ١٤٢٧هـ، الموافق ٢٤ — ٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦م، قرار رقم ١٦١ (١٧/١٠) بشأن الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان، على: "..... وعليه يلزم احترام استقلالية الشخص الكامل الأهلية المتطوع لإجراء البحوث الطبية، وتمكينه من الاختيار الشخصي، واتخاذ القرار المناسب له برضاه التام وإرادته الحرة دون شائبة إكراه أو خديعة أو استغلال، لما هو مقرر شرعاً: من أن " حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه".

(٢) فتاوى معاصرة، د/ يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٣٥، الفقه الإسلامي ومرونته، د/ جاد الحق علي جاد الحق، صـ٢٤٨.

(٣) ومنها : الفتوى الصادرة من دار الإفتاء الشرعي بالقاهرة رقم (١٣٢٣) ونشرت بالفتاوى الإسلامية ، المجلد العاشر العدد ٣١ صـ ٣٧٠٤ (١٤٠٤هـ ١٩٨٣م) والتي أجازت صراحة حق الوصية بالجسد شرعاً، وأيضا الفتوى الصادرة من لجنة الفتوى بالكويت في ١٩٧٩/١٢/٣١م ، وكذلك قرار هيئة كبار العلماء في السعودية رقم ٦٢ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ، والفتوى الصادرة من لجنة الفتوى بالأزهر الشيخ/ أحمد حسن مسلم ، عضو لجنة الفتوى بالأزهر ونشرت بجريدة الجمهورية في ١٩٨٣/٢/١٧م صـ٧ ، تحت عنوان الدين يقول: التوصية ببعض أجزاء الجسد بعد الموت جائزة، وفتوى أخرى من لجنة الفتوى أصدرها رئيس لجنة الفتوى الأسبق الشيخ السبكي، ومنشورة في جريدة الأهرام في ١٩٦٨/١٢/١٢م صـ٧، وقرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في يناير ١٩٨٥م ، حيث أجاز نقل الأعضاء من الأحياء والوصية من الميت بجسده.

(٤) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٤٨، وبحوث فقهية في قضايا طبية معاصرة، د/ محمد نعيم ياسين، صـ١٧٦.

(٥) فتوى الشيخ جاد الحق، رقم ١٣٢٣ في ١٩٧٩/١٢/٥م. المجلد ١٠، صـ٣٧٠٤، قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة من ١٩ — ٢٨ يناير ١٩٨٥م، لجنة الفتوى بالأزهر الشريف، فتوى مؤرخة في ١٩٨٥/٨/٨م. الموسوعة الفقهية، صـ٩٢، فقرة ١٥١.

أوصى ببذلها للغير قربى إلى الله تعالى، فهو مثاب ومأجور على نيته وعمله، ولا دليل من الشرع على تحريم ذلك، والأصل الإباحة، إلا ما منع منه دليل صريح ولم يوجد[1].

وينبغي لكي يعتد بوصية المتوفى بجزء من جسده أن تتوافر مجموعة من الضوابط الشرعية وهي كالتالي:

١ — **أهلية الموصي للتبرع:** بأن يكون بالغاً عاقلاً، قادراً على أن يعطي رضاءاً جاداً وكاملاً، فإذا كان قاصراً أو غير كامل الأهلية أو محجوراً عليه، فإنه لا يعتد برضائه[2] وإنما يجب في هذه الحالة علاوة على رضاء المعطي رضاء المثلين الشرعيين للقاصر[3].

٢ — **أن تكون الوصية مشروعة :** بأن يكون الغرض منها هو استئصال جزء من أجزاء الجثة لضرورة علاجية لإنقاذ مريض من الموت المحقق وتخليصه من آلام المرض، أو لأغراض علمية كالتجارب العلمية والدراسات في كليات الطب[4]، ومن ثم، فإنه لا يجوز اقتحام الجثة أو المساس بها إلا لمصلحة علاجية لجسم حي آخر، أو لمصلحة علمية لأغراض البحث العلمي العام أو التعليم الطبي في معاهد وكليات الطب[5]، وذلك لأن العلاج أو العلم يكونان

---

(١) فتاوى معاصرة، د/ يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٣٥، ونفس المعنى ، أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور / مصطفى محمد عرجاوي، صـ ٤٩٨، فيما نقله فضيلته عن فتوى الأستاذ الدكتور/ جاد الحق والمشار إليها سابقا.

(٢) لأنه وكما تقضي القواعد الفقهية العامة " من لا يصح تصرفه لا قول له " وقد أقامت له الشريعة وليا أو وصيا يلي تدبير أموره ورعاية شؤونه على النحو الذي يحقق مصلحته الخالصة دون أي تصرف ضار أو محتمل الضرر، مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من ٢٨ جمادى الأولى إلى ٢ جمادى الآخرة ١٤٢٧هـ، الموافق ٢٤ — ٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦م، قرار رقم ١٦١ (١٧/١٠) بشأن الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان.

(٣) الحكم الشرعي لاستقطاع الأعضاء وزرعها تبرعا أو بيعا، د/ أمين محمد البطوش، صـ٣٤٢، وموت الدماغ بين الطب والإسلام، ندى الدقر، صـ٢٠٥ وما بعدها، ويقصد بالمثلين الشرعيين للمتوفى هم عصبته بترتيب الميراث ، إذا كانت شخصية المتوفى المأخوذ منه معروفة وأهله وأسرته معروفين، أما إذا جهلت شخصيته أو عرفت وجهل أهله فإنه يجوز أخذ جزء من الميت ونقله لإنسان حي يستفيد به في علاجه أو تركه لتعليم طلاب كليات الطب، لأن في كل ذلك مصلحة راجحة تعلوا على الحفاظ على حرمة الميت، وذلك بإذن من النيابة العامة التي تتحقق من وجود وصية أو إذن من صاحب الحق من الورثة أو إذنها هي في حالة جهالة شخص المتوفى أو جهالة أسرته، فتوى الشيخ جاد الحق، رقم ١٣٢٣ في ١٩٧٩/١٢/٥م. المجلد ١٠، صـ٣٧٠٤، مشار إليها ، أحكام نقل الدم ، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي صـ ٥٠٠.

(٤) فالجسم الحي أولى بالرعاية شرعاً من الجثة التي مصيرها التحول إلى رفات .

(٥) الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي بن أحمد صـ١١٣.

عندئذ مصلحة شرعية مؤكدة أولى بالرعاية من الجثة التي سرعان ما تتحلل في التراب [١].

٣ – انتفاء المقابل المالي: فلا يجوز أن تكون الغاية من الوصية الربح والتجارة والتداول، أو الحصول على ميزة معينة مقابل تنازل الميت عن أحد أعضائه بعد موته، كالوعد بمبلغ من النقود، أو مكافأة مجزية، كأنما المال هو الدافع للتنازل وليس الإنسانية والأخلاق، فإنه يحرم شرعاً اقتضاء مقابل مالي للإيصاء بالعضو أو جزئه [٢]، لأن بيع الآدمي لجسمه أو جثته أو عضوه هو باطل شرعاً [٣]، ومن ثم فإن التنازل عن العضو الإنساني لا يكون إلا بالتبرع من الناحية الشرعية [٤]. ولكن لو بذل المنتفع بالتبرع للشخص المعطي (أو أقاربه بعد وفاته)، مبلغاً من المال غير مشروط ولا مسمى، على سبيل الهبة والهدية والمساعدة، فهو جائز شرعاً، بل هو محمود ومن مكارم الأخلاق [٥]، فهذا يشابه إعطاء المقرض عند رد القرض أزيد من قرضه دون اشتراط سابق، فهو مشروع وجائز، وقد فعله النبي ﷺ حيث رد أفضل مما أخذه، وقال ﷺ: "إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً" [٦].

٤ – صلاحية العضو للإيصاء: فلا يجوز أن يكون العضو الموصى به من طرف الميت، متعارضاً مع نص شرعي خاص أو مع المقاصد الشرعية، أو مع مبدأ الكرامة الآدمية، كالشعر لقوله ﷺ: "لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمَوْصُولَةَ" [٧]، أو

---

(١) هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية. قرار رقم ٤٧، بتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٠هـ، وقرار رقم ٦٢ مؤرخ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ

(٢) فتوى مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الرابعة في ١٨– ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ الموافق ٦– ١١ فبراير ١٩٨٨م ، القرار رقم (١) د – ٨٨/٨/٤، المادة السابعة، وفتوى د/ جاد الحق على جاد الحق رقم ١٣٢٣ السابق الإشارة إليها.

(٣) حكم بيع الأعضاء الآدمية، د. محمد نعيم ياسين. ؛ مجلة الحقوق، ١٩٨٧م، العدد ١، صـ٢٤٥.

(٤) لا يجوز شرعاً أن يكون استقطاع الأعضاء الآدمية ولا زرعها موضوع معاملة مالية، فتاوى معاصرة، د/يوسف القرضاوي. ، جـ٢، صـ٥٣٤، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، د/ محمد نعيم ياسين، صـ١٧٦، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، د/ بلحاج العربي، صـ٧١،الموقف الأخلاقي والفقهي من قضية زرع الأعضاء د/ محمد علي البار، صـ١٩٠ وما بعدها.

(٥) فتاوى معاصرة ، د/ يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٣٥.

(٦) صحيح البخاري، كتاب: في الاستقراض وأداء الديون، باب: في حسن القضاء، رقم ٢٢١٨، جـ٦، صـ٢٢٦.

(٧) سبق تخريجه صـ ١٠٧ من البحث.

كالمني أو الخصية أو البويضة لتعارض ذلك مع مقاصد الشرع في حفظ الأنساب من الاختلاط وهو حرام شرعاً[1]، أو كالمخ لما يترتب عليه من خلط وفساد كبير[2]، وأن لا تكون هنالك أية بدائل صناعية للعضو الآدمي تقوم مقامه وتغني عنه[3].

٥ - أن يغلب على الظن نجاح عملية الزرع، بناء على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين، وارتكاب أخف الضررين، بأن يدفع الميت بتنازله عن عضوه مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو نفسه بعد وفاته، بإيثار مصلحة الحي على مصلحة الميت الذي مصيره التحول إلى رفات[4].

ومن ثم، فإن ارتفاع نسبة النجاح في مثل هذه العمليات الجراحية هو المصلحة الشرعية التي تدور معها الفتوى بالإباحة أو بالحظر[5]، وعلى هذا الأساس، فإنه يشترط في العضو المُوصَى به، والمراد استئصاله لزرعه في الحي، أن يكون صالحاً وخالياً من الأمراض بأن يتأكد الطبيب الجراح من ذلك قبل إجراء العملية، وأن يقارن بين المزايا والمخاطر المترتبة على استقطاع الأعضاء من الجثة لزرعها وفقاً لأصول الصنعة الطبية[6].

---

(١) فتاوى معاصرة، د/ يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٣٩، لجنة الفتوى بالأزهر فتوى في ١٩٨٠/٣/٢٣م، الفتاوى الإسلامية، المجلد ٩، صـ٣٢٢٧، مجمع الفقه الإسلامي. قرار رقم ٥٩ لسنة ١٩٩٠م، ، والضوابط والأخلاقيات في التكاثر البشرى في العالم الإسلامي، د/ جمال أبو السرور، صـ٣٠-٣١ ندوة الضوابط الأخلاقية في تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، وموقف الشريعة الإسلامية من الإخصاب الطبي المساعد، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوى ، بحث مقدم إلى ندوة الضوابط الأخلاقية في تطبيق تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم ، صـ١٥٤ وما بعدها، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، ١٤١٨ هـ ، ١٩٩٧م.

(٢) فتاوى معاصرة، د/يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٤٠.

(٣) زراعة الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية، د/ عبدالقيوم صالح، صـ٤٥، فتاوى شرعية، د/ يوسف القرضاوي، مجلة منار الإسلام، عدد محرم ١٤١٩هـ صـ٤٤ وما بعدها.

(٤) هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية. قرار رقم ٦٢ مؤرخ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ دار الإفتاء المصرية، فتوى رقم ١٠٨٧ في ١٩٥٩/٤/١٤م، وفتوى رقم ١٠٦٩ في ١٩٧٢/٢/٢م.

(٥) حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، د/ بلحاج العربي، صـ٦٩.

(٦) الفشل الكلوي وزرع الكلي، د. محمد علي البار، صـ١٥٤، دار القلم دمشق ١٩٩٢م، والدار الشامية بيروت، الطبيب أدبه وفقهه، د/ محمد علي البار، ود/ زهير السباعي، صـ٢٢٤ و٢٢٥.

٦ – أن لا يتم استئصال العضو الموصى به إلا بعد التأكد من وفاة الموصي[(١)]، وأن يظل مصراً على وصيته (إذ إنه يستطيع الرجوع في رضائه في أي وقت قبل وفاته)، ما لم يمنع أولياؤه ذلك (لأن أمر المساس بالجثة ينتقل إليهم شرعاً بعد الوفاة)، وذلك لأن الوصية شرعاً، هي من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فلابد من التأكد من وفاة الموصي، الوفاة الشرعية بموت دماغه، بصفة مؤكدة ونهائية[(٢)]، ولا تسري عليه أحكام الموت إلا بعد توقف قلبه ودورته الدموية[(٣)].

وقد فتح مجمع الفقه الإسلامي بمقتضى قراره المشهور رقم [٥] د ٣/٧/٨٦ في دورته المنعقدة بعمان (الأردن) في شهر أكتوبر ١٩٨٦م الباب واسعاً لنقل الأعضاء من المتوفين دماغياً، للحصول على الأعضاء المهمة كالقلب، والكبد، والرئة، والبنكرياس، والكلى، والأمعاء الدقيقة، بعد أخذ موافقتهم في أثناء حياتهم على ذلك، أو بعد موافقة أوليائهم، لأن هذه الأعضاء لا تبقى إلا دقائق معدودة بعد توقف القلب والدورة الدموية فإنه لا يمكن الاستفادة منها بعد توقف القلب[(٤)] وبالتالي، فإنه يمكن استئصالها مباشرة وبسرعة بعد

---

(١) فتوى دار الإفتاء الشرعي بالقاهرة رقم (١٣٢٣) ونشرت بالفتاوى الإسلامية ، المجلد العاشر العدد ٣١ صـ٣٧٠٤، وجاء فيها : "ولا يقطع عضو من ميت إلا إذا تحققت وفاته .... وفي نطاق هذا يجوز اعتبار الإنسان ميتاً متى زالت مظاهر الحياة منه، وليس هناك ما يمنع من استعمال أدوات طبية للتحقق من موت الجهاز العصبي".

(٢) لجنة الفتوى بالأزهر الشريف. فتوى مؤرخة في ١٩٨٥/٨/٨م.

(٣) المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة عام ١٤٠٨هـ، اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء بالمملكة العربية السعودية. فتوى رقم ٦٦١٩، بتاريخ ١٤٠٤/٢/١٥هـ وينبغي أن نلاحظ أن الموصي إذا اشترط توقف القلب (أي بمعنى الدورة الدموية) فإن هذا يعني القول بمشروعية الوصية بما لا نفع فيه في الواقع العملي، اللهم إلا بالنسبة لبعض الأعضاء التي تأتي في المرتبة الدنيا من حيث أهميتها في إنقاذ المرضى المحتاجين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، د/ محمد نعيم ياسين، صـ١٧٧ وما بعدها، حيث إن القلب والكبد مثلاً لا يمكن أخذهما إلا من متوفين دماغياً، لأن الإنسان لا يملك إلا قلباً واحداً وكبداً واحداً، فإذا انتظرنا حتى يتوقف القلب توقفاً نهائياً رغم الإنعاش الصناعي، فإن ذلك يفسد الأعضاء فساداً لا يمكن معه الاستفادة منها في نقلها إلى حي، تعريف الموت من الناحية الطبية، د/ فيصل شاهين، ود/ محمد سوقية، صـ٢١، من بحوث المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، ندوة تعريف الموت ١٩٩٦م.

(٤) الطبيب أدبه وفقهه، د/ زهير السباعي و د/ محمد علي البار. ، صـ١٩٩، ١٩٨، ويرى البعض أن هذا القرار هو قرار صائب، واكب المجمع من خلاله الإجماع الطبي الحديث الذي خلص إلى أن مخ ميت هو شخص ميت لا محالة، فإنه لابد أولاً أن يتم تشخيص موت الدماغ من قبل فريق طبي مختص لا علاقة له بفريق زرع الأعضاء، وينبغي ثانياً لنجاح عملية الزرع أن يبقى الميت الدماغي تحت أجهزة الإنعاش الصناعي لحين استقطاع الأعضاء المراد زرعها، ينظر: تعريف الموت من الناحية الطبية، د/ فيصل شاهين، ود/ محمد سوقية، صـ٢٣.

موت الدماغ، وقبل موت خلايا العضو المراد زرعه [١] ومن ثم يكون من المستطاع من الناحية الطبية استئصال العضو الموصى به لزرعه أو (غرسه) في جسم المستفيد الحي [٢].

حيث ينبغي طبياً أن يكون العضوْ المستقطع الموصى به، متمتعاً بالتروية الدموية إلى آخر لحظة، وذلك ما يوفره تشخيص موت الدماغ، بأن يستمر الأطباء في التنفس الصناعي وإعطاء العقاقير لضمان استمرار الدورة الدموية لحين استئصال الأعضاء المطلوبة من المتوفى [٣]، أما الأعضاء الأخرى: كالعظام، والجلد، والقرنية، والغضاريف، فإنها يمكن أن تبقى سليمة وحية بعد توقف القلب والدورة الدموية لمدة تتراوح من ١٢ إلى ٢٤ ساعة، وبالتالي يمكن أن تؤخذ من شخص توقف قلبه ودورته الدموية، وهذا إذا كانت الغرفة التي فيها الميت باردة [٤].

---

(١) ما الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي ؟، د/ محمد علي البار، صـ٤٣، تعريف الموت من الناحية الطبية، د/ فيصل شاهين و د. محمد سوقية، صـ٢٠، فالقلب والكلى والقرنية مثلاً، تظل خلاياها حية لفترات قصيرة، وبذلك يمكن استعمالها في عمليات زرع الأعضاء بنجاح تام إذا تمت بعد الوفاة مباشرة، وذلك لأن نجاح عمليات زرع العضو الموصى به، يتوقف من الناحية الطبية على عدم فساد خلاياه وصلاحيته في جسم المستفيد، إذ لا فائدة من نقل عضو فسد وتحلل، وبالذات القلب والكبد والرئتين والأمعاء والكلى، ينظر: الفشل الكلوي وزرع الكلي، د/ محمد علي البار، صـ١٥٠، وغرس الأعضاء في جسم الإنسان، د/ محمد أيمن صافي، صـ١٧ وما يليها، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥م.

(٢) الطبيب أدبه وفقهه، د/ زهير السباعي، ود/ محمد علي البار، صـ١٩٨.

(٣) من المعروف طبياً، أنه يتم الآن نقل عدد من الأعضاء لمريض واحد، فقد تم زرع قلب وكبد وكلية لامرأة أمريكية عمرها ٢٦ عاماً في مستشفى (بتسبرغ) في الولايات المتحدة الأمريكية في عملية واحدة، ينظر "جريدة الشرق الأوسط" بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٥م الصفحة الأخيرة.

(٤) الفشل الكلوي وزرع الكلي، د/ محمد علي البار، صـ٢٢٤.

المطلب الثاني

موافقة أهل الميت في حالة عدم اعتراضه

ضوابط انتقال الحق للورثة في جثة المتوفى:

إذا لم يكن المتوفى قد أوصى بجثته أو بجزء منها، فإن أمر المساس بالجثة ينتقل شرعاً إلى أقارب الميت وذوي الشأن، فلا يجوز اقتحام الجثة، أو المساس بها، أو استئصال أي عضو منها، بأي حال من الأحوال، إلا إذا قبل الأولياء وذوي الشأن ذلك، وبالتالي فإن الحصول على موافقة الأسرة يعد شرطاً أساسياً لمشروعية عمليات استقطاع الأعضاء من جثة الميت [(١)]، إذ إن الأهل هم النواب الشرعيون للمتوفى، وهم الأقدر على تحديد موقف الميت لو طلب منه رأيه قبل موته في تشريح جثته لأغراض علمية أو استئصال عضو منها بهدف علاجي لمريض في حاجة ماسة لهذا العضو بغية إنقاذه من الموت المحقق [(٢)].

والأصل في الفقه الإسلامي أن حق الأسرة في التصرف في الجثة لا ينشأ إلا بعد التأكد من الوفاة الشرعية، فمنذ لحظة الوفاة يكون للأسرة الحق في الموافقة أو الاعتراض على استئصال عضو من جثة المتوفى [(٣)] لأن الإنسان بعد موته ليس أهلاً للتملك، وكما ينتقل ماله إلى ورثته، كذلك يمكن القول بأن جسم الميت قد أصبح من حق الأولياء أو الورثة [(٤)].

---

(١) ينظر في وجوب الإذن من أهل الميت كشرط عند الحصول على أعضاء الزرع من الجثة:
الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي، صـ١١٨وما بعدها، وحكم التغذي والتداوي بالمحرمات في الشريعة الإسلامية ، د/ خليل حميض، صـ٢٢٨، وبحثه حكم الاستفادة من أعضاء الموتى في عمليات الزرع ، صـ٥٩، مجلة الأمة، والإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ أحمد شرف الدين، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي ١٩٨١م صـ١٤٨، وحكم الاستفادة من أعضاء الموتى د/ محمود ناظم النسيمي، صـ٧١، والمبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج ، د/ عبدالسلام أبوغدة، صـ١١٣، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الثاني للطب الإسلامي ١٩٨٢م، والقول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبدالحسيب رضوان، صـ٤٨٣، والانتفاع بأجزاء الميت في الفقه الإسلامي ، الشيخ عصمت الله عناية الله محمد ، صـ١٥٨، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٤٧٠ وما بعدها، والموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، د/ محمد علي البار، صـ١٧٧.

(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٧٣.

(٣) الفقه الإسلامي ومرونته، د/ جاد الحق علي جاد، صـ٢٤٨.

(٤) القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبدالحسيب رضوان، صـ٤٨٣.

فالأمر بعد الوفاة، يكون بيد أهل الميت وحدهم، فإذا أذنوا جاز ذلك، وإلا فلا يجوز شرعاً بدون إذنهم[1]، وحق الأولياء في الدفاع عن حرمة الميت وعن كرامة جثته هو حق شرعي[2]، وحق معنوي[3] ثابت للأسرة على جثة الميت، يقوم على أساس صلة القرابة والدم التي تربط أفراد الأسرة الواحدة، ومن ثم فإن التغاضي عن موافقة الأسرة، ينطوي على اعتداء صارخ لحقوقهم المعنوية وللاحترام الأدبي الواجب نحو الأموات[4].

وقد جعل الشارع للأولياء الحق في القصاص أو العفو في حالة القتل العمد، لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا﴾ (الإسراء، من الآية ٣٣). كما أن لهم حق القصاص عنه إن شاءوا أو المصالحة على الدية أو العفو كلياً أو جزئياً لوجه الله تعالى، لقوله سبحانه: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَـٰنٍ ۗ﴾ (البقرة، من الآية ١٧٨).

وبناء على هذا الحق الشرعي الثابت للأولياء في أمواتهم، فإنه يجوز لهؤلاء دفع من أراد إهانة جثتهم، أو التعريض بها، أو الاعتداء عليها بالقطع أو الإتلاف أو الإحراق أو غيرها[5]، كما لا يُستبعد أن يكون لهم حق التصرف في شئ من بدنه بما ينفع الغير ولا يضر الميت، بل قد يستفيد منه ثواباً بقدر ما أفاد الآخرين من المرضى والمتضررين[6].

فإذا لم يوص الميت قبل وفاته، فإنه لا يجوز التشريح ونقل الأعضاء إلا بموافقة أهله، على أن يكون ذلك بعد تحقق وفاة الميت، بتوقف دماغه عن أداء وظيفته، لا بتوقف

---

(١) دار الإفتاء المصرية. فتوى رقم ١٠٦٩، الفتاوى الإسلامية، المجلد ٧، صـ٢٥٠، لجنة الفتوى بالأزهر فتوى مؤرخة في ١٩٨٥/٨/٨م. هيئة كبار العلماء بالسعودية. فتوى رقم ٦٢ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ، لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر. فتوى مؤرخة في ١٩٧٢/٤/٢٠م.

(٢) لأن الأولياء يمثلون مصدر النصرة والحماية للمتوفى والتصدي لمن يحاول الاعتداء عليه أو المساس به حال حياته، فتدافع عنه وتحمل عنه عاقلته، وهذه الحماية وذاك التصدي يمتد إلى الإنسان حتى بعد وفاته ليشمل حماية جثته، ينظر: حاشية الدسوقي، جـ٤ صـ٢٥٠، والشرح الكبير، جـ٤ صـ٢٥١، والأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٥١٥.

(٣) ومرجع ذلك ما تمثله الجثة من قيمة معنوية لدى الأهل، راجع في ذلك: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٤٨.

(٤) ينظر في حق الأولياء: الفروق، للقرافي، جـ١، صـ١٩٥، ونهاية المحتاج، للرملي، جـ٣، صـ١١، والمظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب، د/رياض الخاني، صـ٢٢.

(٥) كشاف القناع ، للبهوتي، تعليق الشيخ هلال، جـ٢، صـ١٤٣.

(٦) القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبدالحسيب رضوان، صـ٤٨٣.

قلبه لأن القلب قد يتوقف والمخ لا زال قائماً بوظيفته فلا تتحقق الوفاة الشرعية [1]، فلا مانع شرعاً من تبرع الورثة ببعض أعضاء الميت مما يحتاج إليه بعض المرضى لعلاجهم، بنية الصدقة بذلك عن الميت، وهي صدقة يستمر ثوابها ما دام المريض المتبرع له منتفعاً بها [2].

وعليه فإنه إذا لم يعبر المتوفى في أثناء حياته عن قبوله التبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته، فإنه لا يجوز شرعاً نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، إلا بعد موافقة أهل الميت، إن كان له أهل، حتى لا يوجد خلاف من جانبهم [3]، فربما يكون الخلاف بين ورثة الميت سبباً في فتنة بين الناس [4]، والله تبارك وتعالى يأمر باجتناب الفتن كلها، بقوله عز وجل: ﴿وَٱتَّقُواْ فِتْنَةً لَّا تُصِيبَنَّ ٱلَّذِينَ ظَلَمُواْ مِنكُمْ خَآصَّةً﴾ (سورة الأنفال، الآية ٢٥)، ومن ثم، فإن اشتراط الفقهاء إجازة الورثة، بأن يستأذن أهل الميت، في شأن اقتطاع الأعضاء من جثة المتوفى، هو أمر مقبول شرعاً لأن فيه رعاية لحرمة الميت وكرامته، كما أن المساس بجثته يؤثر فيهم ويضرهم ضرراً معنوياً [5]، والقاعدة الشرعية تقضي بأنه: " لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ " [6]، ولأن الشر ينبغي حسم مادته وسد ذريعته [7] كما أن دفع الشر قبل وقوعه أسهل وأيسر من الدفع بعد وقوعه [8].

---

(١) لجنة الفتوى بالأزهر، فتوى مؤرخة في ١٩٨٥/٨/٨م.

(٢) فتاوى معاصرة، د/ يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٣٧.

(٣) لابد من موافقة أهل الميت جميعاً وإلا كانت موافقتهم لاغية، مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم (١) د ٨٨/٨/٤ مؤرخ في فبراير ١٩٨٨م، دار الإفتاء المصرية، فتوى رقم ١٣٢٣ في ١٩٧٩/١٢/٥م، ومن ثم فإنه إذا اختلف الورثة، بأن أجاز بعضهم المساس بجثة مورثهم الموصى بها، دون البعض الآخر، فالراجح عند الفقهاء أن الموصى له يستحق تعويضات من الوارث الذي منعه لتعديه بالمنع، ينظر: الفقه الإسلامي ومرونته، الشيخ جاد الحق، صـ٢٤٨، وأحكام الوصية في الفقه الإسلامي، د/أنور محمود دبور، صـ٢١٠، وفي كل الأحوال فلابد من موافقة جميع الورثة فإن أبى أحدهم فلا يتم النقل، فقه النوازل، د/ بكر أبوزيد، الناشر مكتبة الصديق- الطائف ١٤٠٩هـ ١٩٨٨م، جـ٢ صـ٤٤، ٤٦.

(٤) هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية. فتوى رقم ٩٩ في ١٤٠٢/١١/٦هـ.

(٥) لأن أهل الميت إذا انتهك جسد ميتهم دون رضائهم فسوف يؤدي ذلك إلى أن يجيش في صدورهم الحقد والضغينة حينما يرون حرمة جثة قريبهم تنتهك من أجل أخذ الأعضاء وزرعها والانتفاع بها، الأمر الذي قد يترتب عليه من ضروب وألوان الشر وإراقة الدماء وإزهاق الأرواح والنفوس ما لا يحمد عقباه، ويتحقق به الإفساد في الخلق، ويتم بذلك إزالة الضرر بالضرر، وهو مالا يجوز، راجع : الموافقات للشاطبي، جـ٢ صـ٢٠٦، ٢٢٩، والقواعد لابن رجب، صـ٢٦٥، والأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٩٥، وينظر تفصيل ذلك في: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٤٧٣.

(٦) رواه مالك وأحمد وابن ماجه، (سبق تخريجه، صـ٩٤ من البحث).

(٧) السياسة الشرعية ، لشيخ الإسلام ابن تيمية، صـ٧١.

(٨) معين الحكام فيما يتردد بن الخصمين من الأحكام، للإمام علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي، الحنفي، صـ١٩٠، طبعة دار الفكر.

وقد فصل البعض[1] المسألة بقوله: "وشرط إذنه (أي إذن الميت في أثناء حياته) وإذن ورثته، لأن رعاية كرامته حق مقرر له في الشرع، لا ينتهك إلا بإذنه، فهو حق موروث كالحق في المطالبة من الوارث في حد قاذفه، ولذا فإن الإذن هو إيثار منه، أو من مالكه الوارث (أي مالك الحق) لرعاية حرمة الحي على رعاية حرمته بعد موته في حدود ما أذن به، ولذا صح ولزم شرط الإذن منه قبل موته أو من ورثته جميعاً، أما إن فات هذا الشرط ولم يتحقق بإذنه أو إذن جميع ورثته بأن أذن بعضهم دون بعض فلا يجوز انتزاع عضو منه، بل المراهمة في هذا هتك تعسفي للحق وحرمة الرعاية له"[2].

ولذلك فإن سلطة التصرف في جثة الميت تنتقل إلى أسرته بعد الوفاة، بشرط ألا يتعارض هذا التصرف مع إرادة المتوفى في أثناء حياته، كما أن حق التصرف في الجثة لا يكون بالضرورة للورثة، وإنما يكون أيضاً للأقارب الذين تربطهم صلة الدم والقرابة [3]، وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يتبرع الورثة إذا كان الميت قد أوصى -في حياته- بعدم التبرع لأن ذلك حقه وتنفذ وصيته[4].

ولكن هناك سؤال على درجة كبيرة من الأهمية وهو هل من حق أطباء المستشفيات استقطاع أعضاء من جثة المتوفى، خدمة للبحث العلمي؟ أو لإنقاذ مريض من الموت دون موافقة أهله؟ وما حكم اقتطاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالقتل؟

بالنسبة للمحكوم عليه بالقتل، فإن الحصول على جثتهم لأغراض علمية، أو نقل عضو من أعضاء جسمهم لأغراض علاجية، يخضع للقواعد العامة التي يعامل بها أي شخص أخر فمن حق الأقارب التمسك بعدم جواز المساس بالجثة إلا بموافقتهم، احتراماً لمشاعرهم وحفاظاً على ذكرى المتوفى[5].

---

(١) الشيخ الدكتور/ بكر أبو زيد، عمل في منصب وكيل وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ورئيس مجمع الفقه الإسلامي.

(٢) فقه النوازل، د/ بكر أبو زيد ، جـ٢، صـ٤٤ — ٤٦، وينظر: بحثه انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد ٤ جـ١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م،صـ١٨١-١٨٣.

(٣) الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، عصمت الله محمد، صـ١٣٧.

(٤) القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبدالحسيب رضوان، صـ٤٨٣.

(٥) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢١٩، هذا ولا تثور هذه المسألة في البلدان العربية التي قامت بإلغاء عقوبة القتل من قوانينها الجنائية والعقابية.

والحقيقة أنه من الناحية الشرعية والنظامية لابد من الحصول على موافقة الأهل لاستئصال أي عضو من أعضاء من ينفذ عليهم حكم القتل[1]، فلا يجوز شرعاً إجبار المحكوم عليه بالقتل بالتنازل عن عضو من أعضاء جسده بعد الوفاة، ذلك أن المجتمع قد استوفى حقوقه بتنفيذ حكم القتل، ومن ثم فليس له أي حق على الجثة، كما أن استئصال الأعضاء من جثث المحكوم عليهم لا يعد إجراء مكملاً لعقوبة القتل[2].

وأما بخصوص الاقتطاع من الجثة بدون موافقة أهل المتوفى فهو غير جائز، طالما أن المتوفى لم يوصي بجثته لأنه في هذه الحالة يستغنى عن موافقة الأسرة، لأن المتوفى صاحب الحق –بعد الله تعالى– في جسده وأعضائه فلابد من صدور إذنه لأنه لا يجوز التصرف في حق الغير إلا بإذنه[3] وطالما أذن المتوفى فلا عبرة بموافقة الورثة من عدمه ولكن ليست هذه هي الحالة الوحيدة التي يستغنى فيها عن موافقة الورثة أو الأهل فهناك حالات أخرى وهي:

١- في حالة التحقيق الجنائي:

ففي هذه الحالة يجوز المساس بالجثة دون الرجوع إلى الأهل لأن المساس بها هنا من أجل تحقيق مسألة واجبة شرعاً، وهي الوقوف على حقيقة ومعرفة القاتل، من أجل استيفاء القصاص، وما يتطلبه ذلك من تشريح الجثة لمعرفة أسباب الوفاة[4].

٢- في حالة عدم معرفة أهل المتوفى.

وتتحقق هذه الحالة حينما يكون هناك مريض بالمستشفى قد توفى ولم يُستدل له على أقارب، ولم يوصي هو قبل وفاته بالتبرع بأعضاء جسمه، فهنا يتجه الفقه المعاصر إلى إباحة تشريح جثث الموتى الذين لا يعرف لهم أهل بعد موافقة ولي الأمر[5].

---

(١) أفتى مجمع الفقه الإسلامي بمقتضى قراره رقم ٦٠/٩/٦ في دورته السادسة المنعقدة بجدة في شهر آذار (مارس) ١٩٩٠م، بأنه يجوز إعادة العضو الذي استؤصل في حد أو قصاص بسبب خطأ في الحكم أو في التنفيذ.

(٢) القانون الجنائي والطب الحديث، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، صـ٢١٨.

(٣) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار، صـ١٧٤.

(٤) نظرية الضرورة الشرعية ، د/ وهبه الزحيلي صـ٨١، وفتوى الشيخ الدجوي المنشورة في مجلة الأزهر، المجلد السابع صـ٣١ وما بعدها ، وفتوى الشيخ حسن مخلوف، فتاوى شرعية وبحوث إسلامية صـ٢١٩ المجموعة الثانية، ونطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ، د/ محمد زين العابدين طاهر، صـ٤٧ .

(٥) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٧٤ و٨٠.

فمتى جهلت شخصية المتوفى، أو عرفت وجهل أهله، فإنه يجوز شرعاً أخذ عضو أو جزء من عضو نقلاً لإنسان حي آخر لضرورة علاجية لإنقاذه من الموت، أو ترك جثته لتعليم طلاب كليات الطب، لأن في ذلك مصلحة راجحة تعلو شرعاً على الحفاظ على حرمة الميت [1]، غير أنه لابد من موافقة ولي الأمر، أو من يقوم مقامه، فالسلطان ولي من لا ولي له [2]، فيجوز للدولة أن تصدر قانوناً يرخص في أخذ بعض أعضاء الموتى في الحوادث الذين لا تعرف هويتهم أو لا يعرف لهم ورثة وأولياء [3].

وقد أجازت الفتوى المشهورة رقم ١٠٦٩ الصادرة عن دار الإفتاء المصرية سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء، وألا يتعدى الأموات الذين ليس لهم أهل [4].

ويرجع أساس الجواز في هذه الحالة لنظرية الضرورة التي تبيح إلحاق الضرر اليسير لدفع الضرر الجسيم، تحقيقاً لامتداد المجتمع وبقائه، ولخدمة منفعة الناس والصالح العام [5]، ولا يعد هذا إهانة للميت، ولا مساساً بحرمة جثته، ولا انتهاكا لكرامته الآدمية، لأن المقصود هو مصلحة راجحة أو حاجة ماسة هي منفعة الحي، فمصلحة إنقاذ الحي أولى بالرعاية من مفسدة انتهاك حرمة الميت [6]، فالحي أولى من الميت لأنه لا يزال في مجال الانتفاع به في المجتمع، وأن الميت مصيره إلى الدمار والتحول إلى رفات [7].

---

(١) فتوى د/ جاد الحق علي جاد الحق ، دار الإفتاء المصرية بالقاهرة رقم ١٣٢٣ حيث ورد فيها ما نصه: "أما إذا جهلت شخصيته –أي المتوفى– أو عرفت وجهل أهله فإنه يجوز أخذ جزء من جسده نقلاً لإنسان حي أخر يستفيد به في علاجه أو تركه لتعليم طلاب كليات الطب، لأن في كل ذلك مصلحة راجحة تعلو على الحفاظ على حرمة الميت وذلك بإذن النيابة العامة التي تتحقق من وجود وصية أو إذن من صاحب الحق من الورثة أو إذنها هي في حالة جهالة شخص المتوفى أو جهالة أسرته" وينظر أيضا: الفتوى الشرعية الصادر من دار الإفتاء الشرعي، والمنشورة في الفتاوى الإسلامية العدد ٢١ صـ٥٢٢٧.

(٢) مجمع الفقه الإسلامي. قرار رقم (١) د ٨٨/٨/٤ مؤرخ في شهر فبراير ١٩٨٨م.

(٣) فتاوى معاصرة، د/ يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٣٧.

(٤) الفتاوى الإسلامية، المجلد ٧، صـ٢٥٠٥. وكان المفتي الشيخ محمد خاطر رحمه الله تعالى.

(٥) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٧٤ و٨٠، وفتاوى معاصرة، د/ يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٣٧.

(٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبدالسلام، جـ١، صـ٨٨.

(٧) الفقه الإسلامي ومرونته، الشيخ جاد الحق، صـ٢٤٨، فتوى رقم ١٣٢٣ في ١٩٧٩/١٢/٥م، الفتاوى الإسلامية، المجلد ١٠، ص٣٧٠٢، التبرع بالكلى في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ مناع القطان، صـ٩، فتوى الشيخ حسن مأمون في ٦ شوال ١٣٧٨هـ، دار الإفتاء المصرية. سجل ٧٤ رقم ٤٥٤، ص٢٧٦، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية. فتوى رقم ٦٢ مؤرخة في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ

وهنا لابد أن نوضح أن الشرع الإسلامي يحمي الميت المحتضر بسياج من الضمانات الشرعية، وكذا المريض الخاضع للعناية المركزة أو أجهزة الإنعاش الصناعي، من تسرع بعض الأطباء إلى الإعلان عن موته الدماغي لاستعمال جثته أو لاستقطاع بعض أعضائه.

كما أن الشرع واضح تمام الوضوح بأنه يمنع شرعاً اقتطاع أي عضو من أعضاء الميت أو أنسجته بهدف الزرع، وبأي حال من الأحوال، إذا عبر المتوفى في أثناء حياته عن عدم قبوله صراحة لذلك، غير أنه إذا لم يعبر المتوفى في أثناء حياته، فإنه لا يجوز الاقتطاع أيضاً، إلا بموافقة أسرته أو ممثليه الشرعيين [(١)]، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ صفر ١٤٠٨هـ الموافق٦-١١ (فبراير)١٩٨٨م [(٢)].

والجدير بالذكر هنا، أنه في المملكة العربية السعودية، والولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، وألمانيا، وهولندا، وبلجيكا، لا يجوز إجراء عملية الاستئصال من جثة الميت إلا بموافقة أهل المتوفى بالإضافة إلى إذن المتوفى حال حياته، أما إذا فات هذا الشرط، ولم يتحقق إذن الميت أو إذن جميع الورثة بأن أذن بعضهم دون بعض، فلا يجوز استقطاع أي عضو منه [(٣)].

وهو ما سبق إليه الفقه الإسلامي، على أن يكون ذلك في حدود الضرورة، أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، وعلى أن يستوثق من عدم وجود أولياء للميت، فإذا كان له أولياء وجب استئذانهم، وألا يوجد ما يدل على أن الميت قد أوصى بمنع ذلك ورفضه [(٤)]، وبناء على ذلك تتم عمليات زراعة الأعضاء في الدول الإسلامية والعربية،

---

(١) الفتاوى الإسلامية، الشيخ جاد الحق، فتوى رقم ١٣٢٣، صـ٣٧٠٢.

(٢) قرار رقم : ٢٦ (٤/١) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، والذي نص في البند سادسا على: "يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٤، جـ١ صـ٨٩.

(٣) وقد ذهب إلى خلاف ذلك بعض الفتاوى مثل: الفتوى الكويتية بشأن زرع الأعضاء رقم ٧٩/١٣٢ لعام ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م ، والتي أباحت نقل الأعضاء ولو لم يوافق الميت أو الأهل إذا دعت الضرورة والحاجة، ولولي الأمر أن يصدر أمراً بذلك لمصلحة العامة ولإنقاذ مجموعة من المرضى على وشك الهلاك، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد على البار، صـ١٧٧.

(٤) فتاوى معاصرة، د/يوسف القرضاوي، جـ٢، صـ٥٣٧، لجنة الفتوى بالأزهر، فتوى بتاريخ ١٩٨٥/٨/٨م. المشار إليها، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية. فتوى رقم ٦٢ في ١٣٩٨/١٠/٢٥هـ لجنة الإفتاء بالأردن. فتوى مؤرخة في ١٩٧٧/٥/١٨م.

ففي الجزائر زرعت حتى عام ١٩٨٥م، ٦٠ كلية وكانت نسبة النجاح من ٨٠ إلى ٩٠٪ لأن نسبة النجاح العلمي الطبي هي المصلحة الحقيقية، وهي تؤثر في الفتوى الشرعية [١]، كما أنه في مصر حتى عام ١٩٨٦م، أجريت حوالي ٢٦٠ عملية نقل الكلية وزرعها بنجاح تام [٢].

كما أن المملكة العربية السعودية تعد رائدة في هذا المجال، حيث تم زرع فيها حتى نهاية عام ١٩٩٧م: ٩٠٢ كلية من متوفين دماغياً (بسبب حوادث المرور خاصة) و٧٤ قلباً كاملاً من متوفين بموت الدماغ، واستفيد من ١٣٤ قلباً بوصفها مصدراً للصمامات الإنسانية. كما تم أيضاً زرع ١٤٨ كبداً، و٢٥٤ قرنية، وخمس حالات زرع الرئة وأربع حالات زرع بنكرياس، وكانت هذه العمليات بالتفاهم مع الأهل الذين أذنوا بإجراء عملية الاستئصال بغرض إنقاذ مرضى من الموت المحقق [٣].

(١) حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، د/ بلحاج العربي، ص٧٧.
(٢) جريدة الأهرام المصرية، بتاريخ ١٣/٦/١٩٨٦م، ص١١.
(٣) المركز السعودي لزرع الأعضاء، التقرير السنوي لعام ١٩٩٧م. الرياض، ١٩٩٧م.



الباب الثالث

مسئولية الطبيب عن عملية زراعة الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول

مسؤولية الطبيب وطبيعتها في القانون المدني والفقه الإسلامي.

الفصل الثاني

أركان المسئولية الطبية الناتجة عن عملية زراعة الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي.

الفصل الثالث

أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية في القانون المدني والفقه الإسلامي.

الفصل الأول
مسؤولية الطبيب وطبيعتها
في القانون المدني والفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

تعتبر المسئولية الطبية (Medical Responsibility)، وأخطاء الأطباء من الموضوعات التي لازمت ممارسة الطب منذ قديم الزمن، وقد وُضِعت التشريعات والنصوص المحددة لتلك المسئولية، ولعل أقدم تلك التشريعات التي نملكها ما تضمنته قوانين حمورابي[١] الذي حكم بلاد الرافدين في القرن السابع عشر قبل الميلاد. وقد ضم هذا التشريع تسع فقرات تتعلق بأجور الأطباء، وبالعقوبات التي تفرض عليهم في حال وقوعهم في الخطأ، وأقر تشريع حمورابي مسئولية الطبيب إذا أخطأ أو أهمل أو لم يقدم الرعاية المطلوبة للمريض الذي يعالجه، والزمه بدفع تعويض مناسب وتناول الأحكام الخاصة بالمسئولية في المواد من (٢١٥ - ٢٤٠)[٢].

وقد اشترط أقدم الأطباء اليونانيين أسقليبيوس (Aesculapius) على من يريد أن يتعلم هذه الصنعة أن يكون من أسرته المقدسة، أو على الأقل من أسرة معروفة بحسبها. ونسبها، وشرافة أعمالها[٣]، كما وضعت أنظمة لمعاقبة من يسيء إلى شرف المهنة أو يستغلها بجشع، وكان الأطباء اليونانيون يعتمدون واحدا من بينهم معروفا بالمروءة والتجربة في الطب، وذلك لمراقبة أعمال الممارسين والنظر في شكاوى الناس منهم[٤].

---

(١) حمورابي هو سادس ملوك بابل واشهرهم قوة وحكمة وعلم، اعتلى العرش حوالي عام ١٧٢٨ ق .م . واهتم بشئون البلاد وتدبير أمورها، وقد تم في عهده الذي استمر حتى عام ١٦٨٦ ق .م توحيد كافة النظم القانونية والاجتماعية والسياسية، وشهدت البلاد في عهده مظاهر الرقي والازدهار في كافة أمور الحياة وكان مجدها الحضاري متوجاً بين المجتمعات الأخرى التي عاصرت ظهورها في هذه الفترة التاريخية. راجع في ذلك : تاريخ الحضارات العام، الشرق واليونان القديمة، لأندريه ايمارد، وجانين اوبواية. ترجمة/يوسف داغر، وفريد داغر، منشورات عويدات بيروت، لبنان ١٩٦٤م صـ١٤٦ وما بعدها .

(٢) ينظر: تاريخ وتشريع وآداب الصيدلة، د. محمد زهير البابا،. مطبعة طربين، دمشق، ١٩٨٦، صـ ٣٧-٣٨، المبادئ العامة لتاريخ النظم والشرائع لحضارات العالم القديم، د/ سمير عبدالمنعم ابوالعنين. بدون طبعة ، صـ٢٨٠.

(٣) عيون الأنباء في طبقات الأطباء، لابن أبي أصيبعة، صـ ٣١-٣٣.

(٤) Singer, Charles and Underwood, E. Ashworth. A Short History of Medicine. Clarendon Press, Oxford, 1962 . P. 17-26.

#

ولما جاء الإسلام ظهر نظام الْحِسْبَةِ [1] وهو أحد النظم الإسلامية التي نشأت منذ بداية الإسلام، وقد تطور حسب التطور الحضاري الإسلامي، حيث أصبحت أعمال الْمُحْتَسِبُ [2] – المراقب أو المفتش – تمتد لتشمل شتى المجالات الحياتية، كالمجال الديني، والاقتصادي، والاجتماعي، والصحي[3]، وكان من واجبات المحتسب في المجال الصحي اختبار الأطباء قبل ممارستهم للمهنة على أيدي كبار أهل هذا الفن، فمن اجتاز الاختبار وشهد له مشايخ أو كبار هذا الفن بالحذق فيه جازت له المباشرة، ومن لا فلا، فكان الكحالون[4] مثلا يمتحنهم المحتسب في كتاب حنين بن اسحق[5]،

مشار إليه في: المسؤولية الطبية بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث، د/ عبد الناصر كعدان، صـ٣، بحث منشور بالشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت) على موقع:
http://www.asnanaka.com/arabic/m16.htm

(١) الْحِسْبَة: هي مؤسسة إدارية، مهمتها: الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، ولذا كان أول من مارسها بنفسه النبي –ﷺ– حيث كان يتجول في أسواق المدينة للمراقبة، ثم مارسها من بعده أئمة الصدر الأول، وذلك لعموم صلاحها وجزيل ثوابها، ولكن لما أعرض عنها السلطان وندب لها من هان، صارت عرضة للتكسب وقبول الرشا، ولأن أمرها، وهان على الناس خطرها، وليس إذا وقع الإخلال بها سقط حكمها.
ينظر: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي– دار الكتب العلمية بيروت، صـ٢٤٧، ٢٦٦، الخدمة المدنية على ضوء الشريعة الإسلامية، د/ محمد عبدالله الشباني، صـ٣٦، ٣٧، ط/ عالم الكتب بالقاهرة، ط/ الأولى ١٣٩٧هـ – ١٩٧٧م.

(٢) الْمُحْتَسِبُ: هو من نَصَّبَهُ الإمام، أو نائبه للنظر في أحوال الرَّعِيَّةِ، والكشف عن أمورهم، ومصالحهم ومن شرط الْمُحْتَسِبِ أن يكون مسلما حرا بالغا عاقلا عدلا قادرا. ينظر: معالم القربة في أحكام الحسبة، للإمام محمد بن محمد بن أحمد القرشي، المعروف بابن الأخوة ت٧٢٩هـ، صـ٥، ط/ الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٦م، تحقيق / محمد محمود شعبان، صديق أحمد عيسى.

(٣) لما ازداد عدد الأطباء والصيادلة الممارسين لصناعة الطب في البلاد العربية والإسلامية، خصوصا في العصر العباسي، كان من الضروري إنشاء نظام يتولى مراقبة سلامة هذه المهنة، وخاصة بعد انتشار المتعلم الماهر والدجال الجاهل، وهذا النظام وجد سنده في نظام الحسبة، وقد ألفت العديد من الكتب التي تبحث في هذا النظام وتطبيقاته. وكان رئيس الأطباء وقتئذ يتعهد أمام المحتسب أن لا يتساهل في شؤون مراقبة أعمال الأطباء، وأن يأخذ عهد أبقراط بأن لا يعطوا دواء فتاكا، وأن لا يذكروا للنساء الدواء الذي يسقط الأجنة، ولا للرجال دواء يقطع النسل، وأن يغضوا من أبصارهم عن المحارم عند دخولهم بيت المرضى، وأن لا يفشوا أسرار ما يرونه فيها، راجع: مختصر تاريخ الطب العربي، د/ كمال السامرائي، دار النضال، بيروت، ١٩٨٩م، صـ ٤٢١–٤٢٢.

(٤) الكحال هو طبيب العيون سابقا (Ophthalmologist.) وكان كل دواء يوضع على العين يسمى كحلا، ينظر: لسان العرب، لابن منظور، جـ١، صـ٥٩، وتاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي، جـ١، صـ١٠٢.

(٥) هو: حنين بن إسحاق العبادي، يكنى أبا زيد، والعباد نصارى الحيرة، كان عالماً في الطب فصيحاً باللغة اليونانية والسريانية والعبرية، دار البلاد في جمع الكتب القديمة، توفي سنة ٢٦٠هـ وله عدة

#

فمن وجده فيهم عارفا بتشريح العين وعدد طبقاتها السبع، وعدد رطوباتها الثلاث، وعدد أمراضها الثلاثة، وكان خبيراً بتركيب الأكحال، وأمزجة العقاقير أَذِنَ له المحتسب بالتصدي لمداواة أعين الناس، وهذا ما يفهم من قول الإمام ابن الأخوة القرشي[1]– رحمه الله – : "وينبغي أن يكون لهم – أي الأطباء – مقدّم من أهل صناعتهم"[2].

وبذلك نجد أن مسئوليةَ الأطباءِ قديمةٌ جداً، فهي مرتبطة بوجود الإنسان، ولم يخلوا عصر من العصور من التعرض لأحكامها، والنص عليها، لأنها تتعلق بالمساس بجسد الإنسان، ولكي نتعرف على مفهوم المسئولية الطبية، وطبيعتها في كل من القانون المدني والفقه الإسلامي ينبغي أن نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين :

المبحث الأول: مفهوم المسئولية الطبية، وطبيعتها في القانون المدني.

المبحث الثاني: مفهوم المسئولية الطبية، وطبيعتها في الفقه الإسلامي.

مصنفات بخلاف ما ترجم وكتابه هذا هو: كتاب العشر مقالات في العين، ينظر: الفهرست لابن النديم، صـ٤٦٤، ووفيات الأعيان لابن خلكان، جـ٢، صـ٢١٧.

(١) هو: محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة القرشي ضياء الدين المحدث الشافعي المذهب، ولد سنة ٦٤٨هـ، ١٢٥٠م، وسمع من الرشيد العطار ومن أبي مضر صحيح مسلم وحدث هو وأبوه وأخوه ذكر ذلك ابن رافع وقال مات في ثاني رجب ٧٢٩هـ،١٣٢٩م، له (معالم القربة في أحكام الحسبة)، ينظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ). دار الجيل – بيروت، جـ٢، صـ٧٦، والأعلام للزركلي، جـ٧، صـ٣٤، ومعجم المؤلفين، جـ١١، صـ١٨١.

(٢) معالم القربة في أحكام الحسبة، لابن الأخوة، صـ٢٥٥.

المبحث الأول
مفهوم المسئولية الطبية
وطبيعتها في القانون المدني

لما كان الحكم على الشئ فرعاً عن تصوره، فإن التعرف على حقيقة المسئولية الطبية والوقوف على طبيعتها القانونية، يستدعي التعرض لمفهوم المسئولية القانونية بوجهٍ عام، ثم بيان مفهوم المسئولية المدنية لأنها هي مناط دراستنا، مع التعرض لطبيعة المسئولية الطبية وهل هي مسئولية عقدية أم تقصيرية؟، وكذلك طبيعة التزام الطبيب في ظل أحكام القانون المدني؟، ولذا فإنه ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: التعريف بالمسئولية، وأنواعها بوجهٍ عام.

المطلب الثاني: التعريف بالمسئولية المدنية وأنواعها.

المطلب الثالث: طبيعة المسئولية الطبية.

المطلب الرابع: طبيعة التزام الطبيب.

المطلب الأول

التعريف بالمسئولية وأنواعها بوجه عام

مفهوم المسئولية بوجه عام.

المسئولية لغة: مأخوذة من سأل، ومادة «س أ ل» في اللغة تفيد طلب الحقوق[1]، كقوله تعالى: ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ﴾ (النساء، الآية رقم ١) . وكذلك تفيد التوبيخ[2]، كقوله تعالى: ﴿ وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْئُولُونَ ﴾ (الصافات، آية ٢٤).

والمسئولية اصطلاحاً: عرفها فقهاء القانون بعدة تعريفات منها:

- المسئولية تعني: المؤاخذة وتحمل التبعة[3].
- أو : هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة [4].
- أو : هي وضع قانوني يحمل الفرد المعين بالتزام أو جزاء معين أو بتعويض نتيجة فعله الضار أو تصرفه الذي يرتب عليه التشريع آثاراً خاصة[5].
- أو أنها: التبعة التي تترتب على تصرف شخص معين بالقول أو بالفعل[6].

---

(١) ينظر: لسان العرب لابن منظور، باعتناء: يوسف خياط، دار الجيل ودار الغرب، بيروت، ص٧٦.

(٢) ينظر: لسان العرب، المرجع السابق، ص٧٦.

(٣) ينظر: المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدني الجديد، د/ حسن عكوش ، القاهرة ١٩٧٠م. صـ١٠. والمسئولية المدنية، التقصيرية والعقدية، د/ حسين عامر، وعبدالرحيم عامر، دار المعارف. الطبعة الثانية، ١٩٧٩، ص٣ بند٢، وينظر: مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ)، تابعه، د/ رأفت محمد حماد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، صـ٢٧.

(٤) المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، د/ سليمان مرقس، القاهرة ١٩٧١م، صـ١ .

(٥) المسئولية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي والمقارن، د/ سيد أمين، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة. (١٩٦٤م)، صـ٦.

(٦) تعويض الضرور في المسئولية التقصيرية في حالة إعسار المسئول في القانون المدني الكويتي، د/ فهيد محسن الديحاني ، رسالة دكتوراه شريعة دمنهور ٢٠٠٣م صـ ٧ وما بعدها، المسئولية المدنية للمحكم عن أخطائه التحكيمية فى القانون المصرى والقوانين الأخرى دراسة مقارنة، د/ فريد عبد المعز فرج. بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد العشرون، صـ ١٢٣٣ .

أنواع المسئولية بصفة عامة.

تعرفنا علي أن المسئولية بوجه عام هي المؤاخذة، أو هي الجزاء على ارتكاب الشخص لفعل أو سلوك يخل بواجب قانوني، أو خلقي، ففي النوع الأول تكون المسئولية قانونية، ويترتب عليها جزاء قانوني[1]، أما في النوع الثاني فتكون المسئولية خلقية أو أدبية، ولا يعدو أن يكون جزاؤها ازدراء المجتمع واستهجانه لهذا الفعل أو السلوك[2]، وعلى ذلك فإن المسئولية بصفة عامة إما أن تكون مسئولية خلقية أو أدبية وإما أن تكون مسئولية قانونية[3]:

أولاً: المسئولية الخلقية: وهي أكثر اتساعًا من دائرة المسئولية القانونية؛ لأنها تنظم سلوك الشخص مع نفسه ومع ربه ومع مجتمعه، كما أنها من الممكن أن تتحقق حتى ولو لم يلحق الغير ضرر، وقد يكون المسئول هو المضرور في آنٍ واحد، وأساسها ذاتي؛ لأنها مسئولية أمام الله وأمام الضمير[4].

ثانياً: المسئولية القانونية: وهي التي يرسم حدودها القانون، الذي ينظم علاقة الشخص بالآخرين، ويشترط لقيامها وقوع خطأ من الشخص يترتب عليه إلحاق الضرر بالغير، ويترتب عليها جزاء قانوني رادع، وتنقسم المسئولية القانونية إلى قسمين: مسئولية جنائية، ومسئولية مدنية[5].

---

(١) المسئولية المدنية والإثراء دون سبب، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، دراسة للمصادر غير الإرادية للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت، ١٩٩٨، صـ١٣، ١٤.

(٢) ينظر: الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول في الفعل الضار والمسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس، دار الكتب القانونية، تنقيح د. حبيب الخليلي، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢م، القاهرة، صـ١.

(٣) ينظر : الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، د. عبدالرزاق أحمد السنهوري ، تنقيح د. مصطفى الفقي وعبدالباسط جميعي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٨١، صـ١٠٣٨ و١٠٣٩، ومصادر الالتزام، د. عبدالمنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، صـ٤٦٢، ٤٦٣.

(٤) تعويض الضرور في المسئولية التقصيرية ، د/ فهيد محسن الديحاني ، صـ٧.

(٥) وهناك صور أخرى للمسئولية القانونية- خارجة عن الحدود الموضوعية لدراستنا- مثل المسئولية السياسية، التي تنشأ على عاتق الحكومة بمواجهة مجلس الشعب «البرلمان» في حال إخلال الحكومة بواجبات يرى البرلمان أنها لا تتوافق مع الصالح العام، وينظم هذه المسئولية القانون الدستوري، وكذلك المسئولية الإدراية والتي ينظمها القانون الإداري، وتنشأ نتيجة لإخلال الموظف بواجبات وظيفته، وهكذا تتعدد صور المسئولية القانونية بتعدد الواجبات التي جرى الإخلال بها.

ينظر: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، د. جميل الشرقاوي.. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، صـ٤٤٣ و٤٤٤.

المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية[1]:

إن أهم ما يميز المسئولية الجنائية عن المسئولية المدنية هو أن المسئولية الجنائية جزاء ضرر لحق بالمجتمع، أما المسئولية المدنية فهي جزاء ضرر لحق بفرد[2]. وهناك من يرى أن المسئولية المدنية أخذت تتجه نحو تهذيب السلوك الفردي[3]، أكثر من اتجاهها نحو ضمان تعويض الضرر[4]، ويتفرع من هذا الاختلاف الجوهري ما يلي:

إن مرتكب الفعل الضار بالمجتمع في المسئولية الجنائية، مسئول قبل الدولة. وهي صاحبة المصلحة في العقاب، وتنوب عنها النيابة العامة في رفع الدعوى العمومية باسم المجتمع وطلب توقيع الجزاء على الفاعل؛ لزجره وردع غيره، والتشريعات الجنائية هي التي تحدد ماهية الأفعال والتصرفات التي تعد غير مشروعة ومعاقباً عليها انطلاقاً من مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»؛ والذي يعد دستور التشريع الجنائي لدى غالبية دول العالم[5]، وهذا يعني أن الأفعال وأنماط السلوك الأخرى غير

---

(١) راجع الفرق بين المسئولية المدنية والجنائية في:
الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، ص١٠٣٩، ١٠٤٠، الوافي في شرح القانون المدني. د/ سليمان مرقس. ص٤ وما بعدها.

(٢) مسئولية الراعي المفترضة، د/ سليمان مرقس. ص١ . معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٦٨م.

(٣) استقر الأمر لفترة أن المسئولية المدنية ، إنما تخدم خمس وظائف مترابطة، تتلخص في معاقبة المذنب، وانتقام المضرور وتعويضه، وإعادة ترتيب النظام الاجتماعي، والوقاية من السلوك غير الاجتماعي. مع ملاحظة أنه يمكن أن تختلف الأهمية الخاصة لهذه الوظائف ، باختلاف الزمان والمكان ، وتتنوع بتنوع الأخطاء، والتصرفات الفردية، كما أنه لا يوجد تعارض بين هذه الوظائف وإنما تخدم كل وظيفة منها الأخرى، ومن بين هذه الوظائف ما لا يمثل غرضاً جوهرياً للمسئولية المدنية . مما أدى إلى اختفاء بعض هذه الوظائف ومنها عقاب محدث الضرر ، وإعادة ترتيب النظام الاجتماعي . كما أن انتقام المضرور فقد بدوره مبرر وجوده ولم يعد يحتفظ قانون المسئولية المدنية بأكثر من وظيفتين أساسيتين وهما: تعويض المضرور ، والوقاية من السلوك غير الاجتماعي، راجع في ذلك : حقيقة أزمة المسئولية المدنية ودور تأمين المسئولية، د/محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، مجلة المحامي الكويتية، س ١٦ ، أعداد، يوليو، أغسطس، سبتمبر، سنة ١٩٩٢م ، بند٢ ، ص١٣٣ وما يليها، والمفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، د/ عادل جبري محمد حبيب، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م ص١٧ وما بعدها .

(٤) G. VINEY, De la responsabilité personnel à la répartition des risques, Archives de philosophie du droit, 22, la responsabilité, p.5.
مشار إليه في : تعويض المضرور في المسئولية التقصيرية ، د/ فهيد محسن الديحاني، ص١٠.

(٥) قانون العقوبات، القسم العام، د/ علي أحمد راشد طبعة ١٩٧٠، ص١٩٨ ، شرح قانون العقوبات القسم العام، د/ محمود نجيب حسني، رقم ٦٩ ، ص٨٣.

المُجرَّمة تبقى مباحة ولا يترتب على إتيانها أو القيام بها أية مسئولية جنائية[1] فدائرة المسئولية الجنائية أضيق من دائرة المسئولية المدنية؛ لأن الأفعال المعاقب عليها واردة على سبيل الحصر في قانون العقوبات[2].

أما مرتكب الفعل الضار بالفرد، فهو مسئول أمام المضرور الذي يملك التنازل عنه أو التصالح معه، وهو ملتزم بتعويضه عن الضرر الذي لحق ما دام أن الضرر قد تحقق، وإذا مات المسئول جاز مطالبة ورثته بالتعويض، ويكفي لقيام المسئولية المدنية الإخلال بأي واجب قانوني، والواجبات القانونية غير محددة ولا محصورة؛ لذلك فهي أوسع نطاقًا من المسئولية الجنائية[3].

وفي الغالب تقوم المسئولية المدنية بجوار المسئولية الجنائية كأصل عام[4]، كما لو كانتا نتيجة لفعل واحد، ففي هذه الحالة تكون السيادة للمسئولية الجنائية على المسئولية المدنية؛ لأنها – كما سبق – اعتداء على المجتمع، وتتجلى مظاهر هذه السيادة في مسائل التقادم والاختصاص وحجية الأمر المقضي به[5]، وهو ما نبينه فيما يلي:

١- التقادم: الأصل العام أن دعوى المسئولية عن العمل غير المشروع تسقط بمضي ثلاث سنوات، تبدأ من وقت علم المضرور بالضرر الحاصل له وبالشخص

---

(١) المسئولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة ، د/ أسامة عبدالله قايد، صـ٨ .

(٢) فلم ينص قانون العقوبات الفرنسي أو المصري على نصوص خاصة بمسئولية الأطباء الجنائية ، وإنما أخضع المشرع الأطباء كغيرهم من أرباب المهن الأخرى للنصوص العامة "مواد ، ٦٣، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢٧، ٣٧٨" من قانون العقوبات الفرنسي ، والمواد "٤٠، ٦٠، ٢٢٢، ٢٢٧، ٢٤٤، ٢٦٠، ٢٦٤، ٣١٠" من قانون العقوبات المصري ، بينما نص المشرعان الفرنسي والمصري في قوانين مزاولة مهنة الطب على جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب ، فنص المشرع الفرنسي في الباب الثالث من الكتاب الأول (المادة ٣٧٢) على جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب، كما نص المشرع المصري على جريمة الممارسة غير المشروعة في المواد (١٠، ١١) من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤م في شأن مزاولة مهنة الطب راجع في ذلك : المسئولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة ، د/ أسامة عبدالله قايد، صـ١١ وما بعدها .

(٣) تعويض المضرور في المسئولية التقصيرية ، د/ فهيد محسن الديحاني ، صـ٩.

(٤) وقد تتحقق إحداهما دون الأخرى، فجريمة حمل السلاح أو التشرد أو مخالفات المرور، لا ترتب مسئولية الجاني المدنية، إما لانتفاء الضرر أو لصعوبة تقديره، والعكس صحيح فقد تقوم المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية، كما هو الشأن في حوادث العمل والمنافسة غير المشروعة. ينظر: الموجز في مصادر الالتزام، د/ أنور سلطان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، صـ٣٠٧.

(٥) ينظر حول ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية:

مصادر الالتزام، د/ عبدالمنعم فرج الصدّة، صـ٤٦٤– ٤٦٦، المسئولية المدنية والإثراء دون سبب، د/ إبراهيم أبوالليل، صـ١٦– ١٩.

المسئول عنه[1]، أو خمس عشرة سنة من يوم الفعل غير المشروع[2]، أي المدتين تنقضي أولاً، واستثناءً من ذلك فإن دعوى المسئولية عن العمل غير المشروع لا تسقط -إذا كانت ناشئة عن جريمة جنائية- إلا بسقوط الدعوى الجنائية الناشئة عنها، حتى لو انقضت المواعيد السابقة، وهذا ما تقضي به المادة (٢/١٧٢مدني مصري) إلا أن المشرع الفرنسي قد عدل عن هذا الأمر بالقانون الصادر في ٢٣ ديسمبر ١٩٨٠م[3] فبهذا القانون أدخل المشرع على المادة العاشرة من قانون الإجراءات الجنائية، والتي كانت تنص على مبدأ الارتباط بين الدعويين من حيث مدة التقادم ، تعديلا، بحيث أصبح المبدأ عدم خضوع الدعوى المدنية المقامة أمام القضاء المدني لمدة الدعوى العمومية[4].

وعلى الرغم من أن الدعوى المدنية تظل قائمة بجوار الجنائية كما أسلفنا، إلا أن الدعوى الجنائية قد تسقط بمضي المدة، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية قائمة[5]، فالدعوى المدنية تابعة للدعوى الجنائية المرتبطة معها في البقاء لا في الانقضاء[6].

٢- **الاختصاص:** نظرًا لسيادة الدعوى الجنائية على الدعوى المدنية إذا نشأتا عن فعل واحد، فإنه يجوز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية التي تختص بنظر الدعوى العمومية، أي يجوز للمضرور الادعاء مدنياً أمام القضاء الجنائي، إذا كان الفعل غير المشروع الذي يعقد المسئولية المدنية، هو في الوقت ذاته فعل معاقب عليه جنائياً، وإذا رفع المضرور دعوى المسئولية المدنية أمام المحكمة المدنية ، فإن رفع الدعوى الجنائية سواء قبل رفع الدعوى المدنية أو أثناء السير فيها، يوجب على المحكمة المدنية أن توقف

---

(١) المادة ١/١٧٢ من القانون المدني المصري.
(٢) المادة ٢/١٧٢ من القانون المدني المصري.

(٣) (J.C.P. 1981,111,50676).

(٤) راجع ذلك في : المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية، د/ عادل جبري محمد حبيب، صـ٤٠، ٤١.
(٥) ينظر: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، د. عبدالحي حجازي، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، دون سنة نشر، صـ٤١٤، والنظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د. توفيق حسن فرج، الدار الجامعية، بيروت الطبعة الثالثة، دون سنة نشر، صـ٣٦٢، ٣٦٣.
(٦) ينظر: النظرية العامة للالتزام، د. جميل الشرقاوي، صـ٤٤٩، الهامش.

السير في الدعوى المرفوعة أمامها إلى أن يتم الفصل نهائياً في الدعوى الجنائية[1] وهذا الأمر يتعلق بالنظام العام ، ويعتبر نتيجة لازمة لمبدأ تقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها[2] فقيام الدعوى الجنائية في هذه الحالة يعد مانعاً قانونياً من متابعة السير في إجراءات خصومة الدعوى المدنية التي يجمعها مع الدعوى الجنائية أساس مشترك[3].

٣- حجية الأمر المقضي به: ويطلق عليه أيضًا «حجية الشيء المحكوم فيه»، بمعنى أنه لا يجوز الطعن فيه إلا وفقًا للإجراءات المحددة قانونًا[4].

فإذا قضت المحكمة الجنائية في الدعوى العمومية بحكم حاز قوة الشئ المقضي به، فإن القاضي المدني الذي ينظر الدعوى المدنية، يلتزم بالحكم الجنائي النهائي الذي فصل في وقائع الدعوى الجنائية المرتبطة معها، وكان فصله فيها ضرورياً[5]، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "الحكم الصادر في المواد الجنائية تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية ، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور فإنه يمتنع على المحاكم المدنية أن تعيد بحثها"[6].

---

(١) ينظر المادة ١/٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية ، ونقض مدني ، طعن رقم ٢٦١ لسنة ٣٨ ق ، جلسة ٣ ديسمبر ١٩٧٣م ، مجموعة الأحكام ، س٢٤ صـ١٢٠٦، ونقض مدني ، طعن رقم ١٢٧١ لسنة ٥٣ ق ، جلسة ١٣ يناير ١٩٨٧م ، مجلة قضايا الدولة سنة ١٩٨٧ ، العدد الرابع، صـ١٤٢.

(٢) ينظر المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات، ونقض مدني ، طعن رقم ٢٦١ لسنة ٣٨ ق ، جلسة ٣ ديسمبر ١٩٧٣م ، مجموعة الأحكام ، س٢٤ صـ١٢٠٦، ونقض مدني ، طعن رقم ١٢٧١ لسنة ٥٣ ق ، جلسة ١٣ يناير ١٩٨٧م ، مجلة هيئة قضايا الدولة سنة ١٩٨٧ ، العدد الرابع، صـ١٤٢.

(٣) نقض مدني ، طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق ، جلسة ٢ مارس ١٩٨٤م ، مجموعة الأحكام ، س٣٥ صـ٢٦، ونقض مدني ، طعن رقم ١٤٢٨ لسنة ٥٧ ق ، جلسة ١٤ يونيو ١٩٨٩م ، مجلة هيئة قضايا الدولة سنة ١٩٩٠، العدد الثالث، صـ١٤٨.

(٤) ينظر: المسئولية المدنية والإثراء دون سبب، د/ إبراهيم أبو الليل، صـ١٨، هامش٢.

(٥) ينظر: المادة ١٠٢ من قانون الإثبات.

(٦) نقض مدني ، طعن رقم ٧٢٩ لسنة ٤٠ ق ، جلسة ١٧ يناير ١٩٧٩م ، مجموعة الأحكام ، س٢٠ صـ٢٣٣، ونقض مدني ، طعن رقم ١١١٢ لسنة ٤٨ ق ، جلسة ٢٥ يناير ١٩٧٩م ، مجموعة الأحكام ، س٣٠ صـ٣٩١، نقض مدني ، طعن رقم ٢٤٨٥ لسنة ٥٥ ق ، جلسة ٢٢ يونيه ١٩٨٦م ، مجموعة

#

وينبغي أن نلاحظ ، أن الحكم بالتعويض المدني لا يرتبط حتماً بالحكم بالعقوبة الجنائية، إذ يصح الحكم به ولو قضي بالبراءة ولكن يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا أسس القاضي الجنائي حكمه الصادر ببراءة المتهم على عدم ثبوت نسبة الفعل إليه، التزم القاضي المدني بهذا الحكم، ولا يمكنه تقرير عكس ذلك لقيام المسئولية الجنائية والمدنية معاً على ثبوت حصول الواقعة وصحة إسنادها إلى صاحبها[1].

الحالة الثانية: إذا أسس القاضي الجنائي حكمه الصادر ببراءة المتهم على عدم ارتكابه للخطأ الجنائي الموجب للمسئولية الجنائية- كأن يكون الفعل غير معاقب عليه- فلا يحول ذلك دون تقرير القاضي المدني بوجود خطأ مدني موجب للمسئولية المدنية[2] وهذا ما أكدته محكمة النقض في قضائها بأنه "إذا كان الثابت بالحكم أنه قضي بإدانة التابع فيما أسند إليه من قتل مورث المطعون ضدهم عمداً، وإحرازه سلاحاً نارياً وذخيرة بغير ترخيص، وبراءة المتبوع فيما أسند إليه من تسليمه سلاحه لآخر، ولم يتعرض في أسبابه لنفي علاقة التبعية، ولم يكن ذلك لازماً للفصل في الدعوى الجنائية ، فإنه لا يكون لقضائه حجة تحول بين القضاء المدني وإثبات تلك العلاقة"[3].

الأحكام ، س٣٧ صـ٥٣١، ونقض مدني ، طعن رقم ١٦٩ لسنة ٥٥ ق ، جلسة ١٢ فبراير ١٩٨٩م ، مجلة هيئة قضايا الدولة سنة ١٩٩٠ ، العدد الأول، صـ٩٣، نقض مدني ، طعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥٦ ق ، جلسة ٩ مايو ١٩٩١م ، م نقض م — ٤٢- ١٣٤ ، صـ٢٠.

(١) نقض جنائي ، طعن رقم ١٩٩٦ لسنة ٣٦ ق ، جلسة ٤ إبريل ١٩٦٧م ، مجموعة الأحكام الجنائية ، س١٨ صـ٤٩٢.

(٢) ينظر: مصادر الالتزام، د/ عبدالمنعم فرج الصدّة، صـ٤٦٥، ٤٦٦، المسئولية المدنية والإثراء دون سبب، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ١٩.

ونقض مدني ، طعن رقم ١٩٩٦ لسنة ٣٦ ق ، جلسة ٤ إبريل ١٩٦٧م ، مجموعة الأحكام الجنائية ، س١٨ صـ٤٩٢.

(٣) نقض مدني ، طعن رقم ٥٨٩ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ١٠ نوفمبر ١٩٨٤م ، مجموعة الأحكام ، س٣٤ صـ١٥٧٨.

المطلب الثاني

التعريف بالمسـئولية المدنيـة وأنواعهـا

ماهية المسئولية المدنية

المسئولية المدنية هي: التبعة المترتبة على الضرر الحادث للغير والمتمثلة في تعويضه عن هذا الضرر[1].

ويتضح من ذلك أن المسئولية المدنية يكفي لتحققها ارتكاب أي خطأ يسبب ضرراً للغير، والقاعدة في شأنها أنه لا مسئولية بغير خطأ، ولذا قيل أنه "إذا نشأ أي ضرر غير متوقع من فعل برئ، لا يمكن نسبة أي خطأ إلى فاعله فلا يكون الفاعل مسئولاً عنه"[2].

أنواع المسئولية المدنية

تنقسم المسئولية المدنية إلى نوعين، هما: المسئولية العقدية، والمسئولية التقصيرية[3].

أولاً: المسئولية العقدية وهي: جزاء الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد، وتهدف إلى تعويض الضرر الذي ينشأ نتيجة للإخلال بالتزام عقدي[4]، لذا فهي تفترض وجود عقد سابق طرفيه المضرور والمسئول[5].

---

(١) المسئولية المدنية للمحكم عن أخطائه التحكيمية ، د/ فريد عبدالمعز فرج ، صـ١٢٣٤.

(٢) المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية ، د/ عادل جبري محمد حبيب، صـ٤٤.

(٣) وانتقد البعض مصطلح المسئولية التقصيرية من خلال وصفه بعدم الدقة، واقترح بدلا عنه مصطلح المسئولية الفعلية أو اللاعقدية، لأن مصطلح «التقصيرية» يوحي بأنها وحدها التي تقوم على التقصير أو الخطأ، وهذا غير صحيح، كما أنه يوحي بأن التقصير أو الخطأ ركن أساسي في جميع صورها، وهذا غير صحيح أيضًا، فهناك صور لا تتطلب أي خطأ، ومن أمثلتها المسئولية عن الأشياء، إلا أن هذه التسمية أكثر ذيوعًا وانتشارًا وإن لم تكن دقيقة، ينظر: النظرية العامة للالتزام، د/ جميل الشرقاوي، صـ٤٤١، هامش١ ، ودروس في نظرية الالتزام، د/ محمد لبيب شنب، صـ٣٢١، هامش ١.

(٤) ينظر: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) د / حمدي عبدالرحمن ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩م صـ٥٠٥، والمفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية، د/ عادل جبري محمد حبيب، صـ١٥.

(٥) ينظر: الوسيط، د/ عبد الرازق السنهوري بند رقم ٥١٥ . دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، د. محمد لبيب شنب، مطبعة دار التأليف، ١٩٧٦، القاهرة، صـ٣٢٦، ٣٢٧ ، الوجيز في نظرية الالتزام الجزء الأول، مصادر الالتزام، د/ محمود جمال الدين ذكى، صـ٣٢٦.

ثانياً: المسئولية التقصيرية وهي: جزاء الإخلال بواجب قانوني يفرض عدم الإضرار بالغير[1]. وهناك من عرفها بأنها: المسئولية المترتبة على ما يحدثه الفرد بغيره من ضرر بفعله الخاطئ[2]، فهي تقوم على الإخلال بالتزام مقتضاه عدم الإضرار بالآخرين[3].

وتتشابه إلى حد كبير أحكام المسئولية التقصيرية الناشئة عن الإخلال بواجب قانوني بعدم الإضرار بالغير، مع أحكام المسئولية العقدية الناشئة عن الإخلال بواجب يفرضه العقد، بل إنه ليس من السهل في بعض صور المسئولية المدنية رسم الحد الفاصل بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية[4]، وقد ثار جدل فقهي واسع في هذا الشأن[5]، ولكن مع ذلك فإن الإجماع منعقد بين فقهاء القانون [6] على أن كلا المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ رئيسي واحد، فهما جزاء للإخلال بالتزام سابق، إلا أن بينهما فروقًا جوهرية تتمثل فيما يلي:

١- من حيث نطاق المسئولية: يختلف نطاق المسئولية العقدية عن نطاق المسئولية التقصيرية؛ فنطاق المسئولية العقدية يتحدد بوجود عقد صحيح، وأن يكون الضرر الذي

---

(١) ينظر: الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، صـ١٠٤٥، والوافي، د/ سليمان مرقس، ص١٧، ومصادر الالتزام، د. سمير عبدالسيد تناغو، دون ناشر، ١٩٩٩-٢٠٠٠م، صـ٢١٨.

(٢) ينظر: المسئولية المدنية، التقصيرية والعقدية، د. حسين عامر، وعبدالرحيم عامر، صـ١.

(٣) ينظر: المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي والمقارن، د/ سيد أمين، صـ٧٨.

(٤) ينظر: النظرية العامة للالتزام، د/ عبدالحي حجازي، صـ٤١٦، وما بعدها، والنظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، المجلد الثاني المصادر غير الإرادية، د/ حسام الدين كامل الأهواني، دون ناشر، ١٩٩٧- ١٩٩٨م، صـ١٢، والنظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني المصادر غير الإرادية، د/ محسن عبدالحميد البيه، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣، صـ١٣.

(٥) حيث ذهب البعض إلى ضرورة التمييز بين نوعي المسئولية، وهم أنصار مبدأ ازدواج المسئولية، بينما ذهب البعض الأخر إلى عدم الحاجة للتمييز بين نوعي المسئولية، وهم أنصار مبدأ وحدة المسئولية، وقد تطرف كل فريق منهم فيما ذهب إليه، إلى درجة المغالاة، وذلك بالتماس الحجج والبراهين التي تؤيد رأيه وتدعم موقفه وتدحض الرأي الآخر ، راجع تفصيل ذلك: مصادر الالتزام، د/ عبدالمنعم الصدة، صـ٤٦٧، والنظرية العامة للالتزام، د/ توفيق حسن فرج، صـ٣٦٤، ٣٦٥، وتعويض المضرور في المسئولية التقصيرية، د/ فهيد الديحاني، صـ١٤.

(٦) راجع: الوسيط د/ عبدالرزاق السنهوري، صـ١٠٥٠، وما بعدها: والوافي، د/ سليمان مرقس، صـ٣٩ وما بعدها، مشكلات المسئولية المدنية، الجزء الأول، د/ محمود جمال الدين زكي، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، صـ٩٧، ٩٨.

أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد، بينما تتحقق المسئولية التقصيرية إذا أخل شخص بما يفرضه القانون عليه من التزام بعدم الإضرار بالآخرين[1].

٢- من حيث الأضرار واجبة التعويض[2]: التعويض في المسئولية التقصيرية يشمل كل الأضرار التي نشأت عن العمل غير المشروع سواء أكانت أضراراً متوقعة أو كانت أضرارا غير متوقعة، أما في المسئولية العقدية فإن التعويض يكون عن الضرر المتوقع فقط بشرط عدم ارتكاب المدين لغشاً أو خطأً جسيماً (المادة ٢٢١مدنى).

٣- من حيث التضامن عند تعدد المسئولين: في المسئولية التقصيرية إذا تعدد المسئولون كانوا متضامنين في التزامهم بدفع التعويض (المادة ١٦٩مدنى)، بحيث يستطيع المضرور أن يرجع على أي منهم بالتعويض كله [3].

أما في المسئولية العقدية فإذا تعدد المسئولون فلا تضامن بينهم إلا إذا اتفق على ذلك في العقد (المادة ٢٧٩مدنى) بحيث لا يستطيع الدائن أن يرجع بالتعويض على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الالتزام الذي أخلوا به جميعاً[4] ولكن إذا وجد اتفاق على التضامن فيجوز له الرجوع على أي منهم بالتعويض كله ولا يقصد بذلك وجوب اشتراط التضامن بصريح العبارة، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لا خفاء فيها، فإذا اكتنف الشك في هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفي التضامن، لا لإثباته[5].

٤- من حيث الإعفاء الاتفاقي من المسئولية: المسئولية التقصيرية لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها، وإذا تم مخالفة ذلك فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً (المادة ٢/٢١٧مدنى)،

---

(١) الموجز في مصادر الالتزام، د/ أنور سلطان، صـ٣٠٩.

(٢) والضرر الذي يوجب التعويض والذي هو محل الخلاف بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية هو الضرر المباشر، أما الضرر غير المباشر فلا مجال للتعويض عنه لا في مجال المسئولية التقصيرية، ولا في مجال المسئولية العقدية، ينظر: المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري ، والمقابلة للمادة ١١٥٠ من التقنين المدني الفرنسي.

(٣) ينظر: الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري ، جـ١ بند ٦٢٠، والموجز في مصادر الالتزام ، د/ أنور سلطان صـ٣١٠.

(٤) ينظر: الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ٣ بند ١٦٦، والنظرية العامة للالتزام ، د/ عبدالحي حجازي ،جـ١ صـ٢٠٣.

(٥) ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ٣ صـ٥١.

أما في المسئولية العقدية فإنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من مسئوليته العقدية إلا إذا كان ذلك ناشئاً عن غشه أو خطئه الجسيم (المادة ١/٢١٧ مدني).

٥- **من حيث تقادم الدعوى:** تسقط دعوى المسئولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر وبمن يسأل عنه، أو خمس عشرة سنة من وقوع العمل غير المشروع، أي المدتين تنقضي أولاً (المادة ١/١٧١ من القانون المدني المصري)، أما دعوى المسئولية العقدية فتسقط بمضي خمس عشرة سنة، (المادة ٣٧٤ مدنى) وفقا للقاعدة العامة في السقوط[١].

الخيرة أو الجمع بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية

في حالة اجتماع المسئوليتين التقصيرية والعقدية في فعل واحد، كأن يتعرض الراكب للإصابة نتيجة لخطأ الناقل، أو يخطئ المستأجر فيتلف العين المؤجرة، فقد وقع الخلاف في الفقه المصري فاتجه البعض إلى جواز الخيرة بمقولة أن للدائن أن يختار بين الدعويين، وذلك بحجة أن المنطق القانوني يقضي بإمكان رفع الدعوى متى توافرت شروطها، فإذا توافرت شروط الدعويين، كان للدائن أن يرفع الدعوى التي يختارها، هذا إلى جانب أن المسئولية التقصيرية من النظام العام، فهي تقوم دائماً إلى جانب المسئولية العقدية[٢].

بينما اتجه البعض إلى أنه إذا كان الإخلال بالالتزام ناشئاً عن جريمة جنائية كما لو سرق البضاعة ناقلها[٣] أو عن غش أو خطأ جسيم، فإن الإخلال عندئذ يكون قد تضمن خطأً عقدياً وخطأً تقصيرياً، ويكون للمضرور أن يختار تطبيق أي من المسئوليتين[٤]، وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه[٥].

---

(١) ينظر: المسئولية المدنية والإثراء دون سبب، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ٢٤.

(٢) ينظر: المسئولية المدنية ، د/ مصطفى مرعي، بند ٢٨، وينظر أيضا: استئناف المنصورة (دائرة الزقازيق)، ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٢، القضية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥٥، استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦، مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٨ صـ٣٩٦، و٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٣، نفس المجموعة ٥٦ صـ٢٦.
Cass. Civ. 14 De^c. 1926. S.1927- 1- 105.
مشار إليهم في: المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية، د/ عادل جبري محمد حبيب، صـ٥٨ .

(٣) ينظر: مشكلات المسئولية المدنية، د. محمود جمال الدين زكي، صـ٥١٧.

(٤) ينظر: المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، د/ حسين عامر بند ١٦٥، صـ١١٤.

(٥) حيث قضت محكمة النقض بأنه: "لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه، مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك مالم يثبت ضد

#

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، على أساس أن الذي دعا إلى إباحة حق الخيرة استثناءً في حالة الغش وحالة ما إذا كان الفعل جريمة جنائية -في ذات الوقت- هو الحرص على تعويض المصاب عن الأضرار غير المتوقعة وعلى عدم إحداث شرط الإعفاء أثره، لكن هذا وذاك مما يمكن الوصول إليه في ظل المسئولية العقدية وحدها، فالتعويض عن الضرر غير المتوقع في حالة الغش أمر مقرر مادة ٢/٢٢١ مدني مصري، كما أن شرط الإعفاء يصبح حينذاك باطلاً مادة ٢/٢١٧ مدني مصري بل إنه عندما يكون شرط الإعفاء صحيحًا، فإن القضاء قد يحمي المتعاقد إذا ما انتهى إلى اعتبار العقد عقد إذعان، حيث يجوز للقاضي أن يعدل الشرط التعسفي أو أن يلغيه مادة ١٤٩ مدني مصري[1]، فليس هناك إذن من اعتبارات العدالة ما يبرر تجاهل العقد والالتجاء إلى المسئولية التقصيرية، بل إن هذه الاعتبارات تدعوا إلى البقاء في نطاق المسئولية العقدية، حيث يكون عبء الإثبات أخف وطأة[2].

والرأي الراجح في الفقه المصري[3] أنه لا يجوز للمضرور الخيرة بين المسئوليتين، فإذا وجدت المسئولية العقدية فإنها تجُبّ المسئولية التقصيرية؛ لأن الأولى بالتطبيق هو العقد، فالدائن لا يعرف المدين إلا عن طريق العقد، ومن ثم فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد، يجب أن يحكمها العقد، ومن ثم فإن الفقه لا يجيز شتى الصور التي تحمل معنى الجمع، وهي كالتالي:

أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الأخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً، مما يتحقق معه المسئولية التقصيرية، تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد" نقض مدني ١٦ إبريل سنة ١٩٦٨ مجموعة القواعد القانونية ١٩ - ٧٦٢، ونقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٦٥، س٢٦ رقم ١٨٢ صـ١١٦٠.

(١) تعويض المضرور في المسئولية التقصيرية في حالة إعسار المسئول، د/ فهيد محسن الديحاني، صـ١٨.

(٢) المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية، د/ عادل جبري محمد حبيب، صـ٦٠.

(٣) ينظر كلا من: الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، صـ١٠٥٦ وصـ١٠٦٠ وصـ١٠٦١، والوافي، د/ سليمان مرقس، صـ٧١ وصـ٧٧ و٣٨، ومصادر الالتزام، د/عبدالمنعم الصدة، صـ٤٧٧، صـ٤٧٩، ودروس في نظرية الالتزام، د/ محمد لبيب شنب، صـ٣٢٨ وصـ٣٣١، النظرية العامة للالتزامات، د/ جميل الشرقاوي، صـ٤٥٣ و٤٥٦، والمصادر غير الإرادية للالتزام، د/ منصور مصطفى منصور، خلاصة دروس في مقرر الالتزامات (٢) في القانون الكويتي، جامعة الكويت، (١٩٨٠- ١٩٨١م)، صـ١٠ و ١١.

أ- لا يجوز للمضرور المطالبة بتعويضين، أحدهما على أساس المسئولية التقصيرية، والآخر على أساس المسئولية العقدية.

ب- كما لا يجوز له الجمع بين ما يحقق مصلحته من أحكام المسئوليتين، كتمسكه بمبدأ التضامن بين الفاعلين المتعددين في المسئولية التقصيرية، وتمسكه بعدم سقوط دعوى المسئولية إلا بمضي خمس عشرة سنة في المسئولية العقدية.

فالدعوى التي يجمع فيها الدائن بين الأحكام الخاصة بكلٍ من الدعويين التقصيرية والعقدية، هي دعوى لا يعرفها القانون[1].

---

(١) ينظر: المصادر غير الإرادية للالتزام، د. منصور مصطفى منصور، صـ١٠، وتعويض المضرور في المسئولية التقصيرية في حالة إعسار المسئول ، د/ فهيد محسن الديحاني، صـ١٧.

المطلب الثالث

طبيعة المسئولية الطبية

تحديد طبيعة المسئولية المدنية للأطباء

تثور المسئولية المدنية للأطباء عندما يكون هناك تقصير من جانب الأطباء تجاه المرضى، وقد أثار ذلك عدة تساؤلات حول تحديد طبيعة هذه المسئولية وهل هي عقدية أم تقصيرية.

وقد تغيرت النظرة إلى مسئولية الأطباء عبر فترات التاريخ المتلاحقة ففي بداية القرن التاسع عشر ظهر في فرنسا من يدافع عن الأطباء بطريقة مبالغ فيها إلى درجة الذهاب إلى عدم مساءلتهم عن الخطأ الطبي بحجة أن الطبيب لا يستطيع أن يبدع ويطور عمله العلمي إلا إذا خرج من نطاق المسئولية المدنية؛ لأن سيف المسئولية كفيل بأن يعرقل البحث العلمي ويُقَوِّضُ حماس القاضي[١].

ولكن هذا الأمر لم يُؤخذ به على إطلاقه وكانت لمحاكم القضاء رأي آخر وأصبحت مسئولية الطبيب قائمة ومعترف بها في كافة البلاد، وعلى كافة المستويات، ولكي نتعرف على طبيعة هذه المسئولية التي هي في الغالب تميل إلى الطبيعة العقدية[٢]

---

(١) وقد تبنت الأكاديمية الطبية الفرنسية هذا المبدأ حيث أصدرت في ٢٩ سبتمبر ١٨٢٩م تقريرًا ذكرت فيه أن الطبيب يتلقى وكالة من مريضه، ولكنها وكالة غير محددة وأن إطلاق هذه الوكالة هو وحده الكفيل بتحقيق مصالح المريض على أكمل وجه، فالطبيب كالقاضي لا يسأل عن أخطائه التي يرتكبها بحسن نية، وأن الضمان الأوحد للمريض يكمن في مسئولية قائمة على الضمير المهني-وأخلاق المهنة، وبالتالي فلا يسأل الطبيب إلا في حالات نادرة يثبت فيها الغش أو التدليس اللذان يمثلان في هذه الحالة إخلالاً بواجبات مهنته.

راجع في ذلك :

Zwick : Les droit et les obligation des medecins bruxelles, 1954, p. 315, 316.

مشار إليه في: المسئولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء، د/ سهير منتصر، ط دار النهضة العربية ١٩٩٠م، صـ١٥.

وراجع : المسئولية المدنية للأطباء، د/ محمد عادل عبد الرحمن، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٨٥م، صـ٢٦ وما بعدها، والالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، د/ محمد علي عمران ١٩٨٠م، صـ٨٩ وما بعدها.

(٢) المسئولية المدنية عن التجارب الطبية، د/ سهير منتصر صـ١٤.

سوف نلقي الضوء على تطور هذه المسئولية من خلال التعرض لطبيعتها في القضاء الفرنسي والمصري.

(١) طبيعة المسئولية الطبية المدنية أمام القضاء الفرنسي:

القاعدة العامة في القضاء الفرنسي أن المسئولية الطبية هي مسئولية تعاقدية، ولا تكون ذات طبيعة تقصيرية إلا في حالات معينة، وقد وصل القضاء الفرنسي إلى هذا التكييف بعد أن رأى قديمًا أن مسئولية الطبيب هي مسئولية تقصيرية فقد قضت محكمة النقض عام ١٨٣٥م (دائرة العرائض) بأن الطبيب يسأل عن أخطائه شأنه شأن أي شخص يرتكب خطأ يحدث ضررًا للغير، وأن هذه المسئولية تجد أساسها في قواعد المسئولية التقصرية وفقًا للمواد ١٣٨٢، ١٣٨٣، فهذه القواعد واجبة التطبيق على كل ضرر يترتب على الرعونة أو الإهمال وعدم التبصر سواء في نطاق أنشطة الأفراد العاديين أو في نطاق أنشطة المهن والوظائف المختلفة[1].

كما عادت محكمة النقض في الدائرة المدنية وأيدت هذا الاتجاه في حكم صدر فيها عام ١٩٢٠م[2] أكدت فيه أن قواعد المسئولية عامة، لا يستثنى الأطباء من أحكامها وتقوم هذه المسئولية على الأساس التقصيري.

ولكن هذه النظرة ما لبثت أن تغيرت ولاسيما وأن الفقه الفرنسي لم يرتضي هذا المفهوم الذي يقيم مسئولية الطبيب على الأساس التقصيري، ورأى أن الطبيب ملتزم بالأصول والضوابط الفنية في شأن قيامه بعمله الطبي وأنه متى توافر إطار عقدي يحكم علاقته بالمريض فإن هذه الالتزامات تصبح جزءًا من الالتزامات العقدية، وبالتالي تخضع للمسئولية العقدية[3].

وقد فتحت محكمة النقض الفرنسية للمسئولية العقدية الباب واسعًا وذلك في حكمها الشهير في ٢٠ مايو ١٩٣٦م، حيث قضت بأنه: "من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة التي

(١) نقض فرنسي عرائض ١٨ يونيو ١٨٣٥م، سيري ١٨٣٥ — ١ — ٤٠١.

(٢) نقض فرنسي مدني ٢٩ نوفمبر ١٩٢٠م، جازيت دي باليه، ١٩٢٠م — ١ — ٦٨.

(٣) راجع في ذلك: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الإبراشي، صـ٥٢ وما بعدها، مسئولية المستشفى الخاص، د/ أحمد محمود سعد صـ١٩٨ وما بعدها، المسئولية المدنية للأطباء، د/محمد عادل عبد الرحمن صـ٣١، وما بعدها.

تقتضيها الظروف الخاصة للمريض، والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدي — ولو عن غير قصد — ميلاد مسئولية من نفس النوع أي المسئولية العقدية"[1].

ومنذ صدور هذا الحكم الهام بدأ يستقر القضاء الفرنسي على هذا الاتجاه[2] عن طريق تكراره من نفس المحكمة[3].

وبناء على هذا الالتزام التعاقدي فإنه يقع على المريض عبء إثبات تخلف قيام الطبيب بالتزامه الذي ينحصر في التزام الطبيب ببذل عناية، ولكن إذا كان الضرر الناتج عن خطأ الطبيب على درجة كبيرة من الجسامة بحيث لا يتفق مع النتائج المتوقعة للعلاج المألوف، فإن المريض يُعفَى من إثبات خطأ الطبيب، لأن هذا الخطأ يُعدّ من الوضوح الكافي على ضوء الاحتمالات الطبيعة للعلاج والظروف الاستثنائية التي تدخل في حيز المتعارف عليه[4].

ومع أنه من المستقر حاليًا أن مسئولية الطبيب هي مسئولية عقدية في فرنسا إلا أنه قد يسأل الطبيب في بعض الحالات على أساس قواعد المسئولية التقصيرية، وهذه الحالات هي:

١- عندما يكون خطأ الطبيب ذا طبيعة جنائية[5]، ففي أي حالة يكون فيها فعل الطبيب منطويًا على عمل يدخل في نطاق التجريم فيكون القضاء الجنائي

---

(١) نقض مدني فرنسي ٢٠ مايو ١٩٣٦م، دالوز ١٩٣٦م — ١ — ٨٨، ونقض مدني ١٨ يونيو ١٩٧٠م، داللوز ١٩٧٠م، ملخص ١٩٣.

(٢) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن صـ٩ وما بعدها، والمسئولية الطبية، (المسئولية المدنية لكل من: الأطباء، الجراحين، أطباء الأسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة، المرضين والمرضات) د/ محمد حسين منصور، صـ١٣٦، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية بدون تاريخ، والمسئولية المدنية عن التجارب الطبية، د/ سهير منتصر صـ١٩.

(٣) نقض مدني ١٨ يونيو ١٩٣٨، ونقض مدني ٢٧ مايو ١٩٤٠م، دالوز ١٩٤١، صـ٥٣.

(٤) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ١٣٧.

(٥) فكلما كان فعل الطبيب يمثل جريمة جنائية ، أو جريمة مدنية(الغش) فيجوز عند البعض للمريض إقامة دعوته على أساس المسئولية التقصيرية،حتى مع وجود العقد، لأن الطبيب بفعله هذا يكون قد خرق نطاق العلاقة العقدية، وعاد إلى حظيرة العلاقات التي ينظمها القانون دون إرادة الأفراد ، فيكون جزاء عدم وفائه بالتزامه التعاقدي تحقق مسئوليته العقدية، وجزاء ما ارتكبه من غش في الإخلال بهذا الالتزام تحقق مسئوليته التقصيرية، ومن ثم يكون للدائن الخيار بين المسئوليتين، راجع في ذلك : المسئولية المدنية ، دروس في القانون المدني مع التعمق ، د/ سليمان مرقس، سنة ١٩٦١، رقم ٣٧، ولكن هذا الاتجاه منتقد لأنه لا يجوز أن يختلف مركز المدين —الطبيب— الذي أنطوى فعله على جريمة جنائية

#

مختصًا بالدعوى المدنية وذلك كما لو نسى الجراح أداة من أدوات الجراحة بالجرح مما ترتب عليه وفاة المريض[1].

٢- كما تكون مسئولية الطبيب الجراح تقصيرية عندما تنعدم الرابطة العقدية بين المريض والطبيب[2] وذلك كما لو تدخل الطبيب من تلقاء نفسه لإنقاذ جريح أو غريق على الطريق فمثل هذا التدخل يكون من قبيل الفضالة، أو كما لو قامت شركة بالاتفاق مع طبيب لعلاج العاملين بها، فإذا أمكن القول هنا بأن هناك عقد بين الشركة (رب العمل) والطبيب فإنه يصعب القول بوجود مثل هذا العقد بين العامل والطبيب، فالعامل يستفيد من اشتراط لمصلحته في العقد المنعقد بين الجهة التي يعمل بها الطبيب أو المستشفى المعالج.[3]

٣- كما تكون مسئولية الطبيب تقصيرية إذا امتنع عن علاج مريض في حاجة إلى العلاج والإنقاذ بدون مبرر مشروع، فرغم حرية الطبيب في مزاولة مهنته وأحقيته في مباشرتها بالكيفية التي يراها، إلا أن هذا الحق مقيد بما تفرضه عليه مهنته من واجبات، وإلا كان متعسفًا في استعمال حقه[4].

٤- كما يُسأل الطبيب تقصيريًا في الحالات التي ينجم عنها ضرر بالغير نتيجة تدخل المريض كما في حالة إهمال الطبيب في مراعاة وعلاج شخص مختل

عن المدين –الطبيب– الذي انتفت عن فعله تلك الجريمة، فكلاهما أخل بالتزام عقدي، ولا يمكن إسباغ طبيعتين مختلفتين عن فعل واحد، فضلاً عن أن فتح باب الخيرة أمام المضرور– المريض– من شأنه إهدار النصوص العقدية، راجع في ذلك : الوجيز في شرح القانون المدني ، د/ عبدالرزاق السنهوري ، جـ١ ، ط٢، ١٩٩٧م ، رقم ٣٢٠، هامش صـ٣١٥، ومشكلات المسئولية المدنية ، د/ محمود جمال الدين زكي ، جـ١ رقم ٢٥ وما بعدها .

(١) نقض جنائي فرنسي، ١٢ ديسمبر ١٩٤٦ ، داللوز ١٩٤٧م، وقد أجازت محكمة النقض المصرية الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية إذا ما كان الفعل المرتكب من أحد الطرفين، وترتب عليه إلحاق الضرر بالطرف الآخر يكون جريمة جنائية وهو ما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيساً على أن مرتكب هذا الفعل قد أخل بالتزام قانوني، (نقض ٢٧ يناير ١٩٨١ ، طعن رقم ٢٦٨، س ٤٧ قضائية).

(٢) التأمين من المسئولية، دراسة في عقد النقل البري، د/ سعد واصف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق. جامعة القاهرة، ١٩٥٨م، صـ٥٣.

(٣) مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري، د/ حسن زكي الإبراشي صـ٦٦.

(٤) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٤١.

عقليًا، فيصيب الغير بضرر، وحالة إصابة الغير من عدوى المريض تحت رعاية الطبيب، أو بسبب استعماله نفس الآلة للعلاج[1].

(٢) طبيعة المسئولية الطبية المدنية أمام القضاء المصري:

على عكس القضاء الفرنسي سار القضاء المصري فاستقر كمبدأ عام على أن مسئولية الطبيب تعد مسئولية تقصيرية[2]، مع إمكانية خضوعها لأحكام المسئولية العقدية في بعض الحالات وفيما يلي نلقي الضوء على مسلك القضاء المصري في هذا الشأن :

ذهبت محكمة النقض في حكم قديم لها إلى القول بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة، ومسئوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسئولية العقدية[3].

وفي حكم لمحكمة استئناف مصر في ٢٣ يناير ١٩٤١م قالت المحكمة : "مسئولية الطبيب عن خطئه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية العقدية، ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحًا أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتًا ظاهرًا بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيبًا لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر"[4].

كما قضت محكمة النقض في حكم أخر: "بأنه لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسئولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها؛ لأن علاقة الطبيب

---

(١) Giv. 25 Mai 1971, J.C.P. 1971 – 16859.

مشار إليه : المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ١٤٠.

(٢) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ١٤٢.

(٣) نقض مدني ١٩٣٦/٦/٢٢م، رقم ٢٤ س ٦ق المجموعة س ٢٢ صـ٩٧٠ ومجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ صـ١١٥٦، استئناف مصر ١٩٣٦/١/٢م، المحاماة س١٦ رقم ٣٣٤، صـ٧١٣، الإسكندرية الكلية ١٩٤٣/١٢/٣٠، المحاماة س٢٤، صـ٧٨.

(٤) استئناف مصر ١٩٤١/١/٢٣م، المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ صـ٢٥٨، ينظر أيضًا : مصر الكلية الوطنية ٣ أكتوبر ١٩٤٤م، المحاماة ٢٦ رقم ٥٥ صـ١٣٢.

الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسئولية المستشفى العام في دائرة المسئولية التعاقدية"[١].

ولا شك أن هذا الحكم الأخير يعالج حالة خاصة وهي العلاج لدى طبيب المستشفى العام حيث ينعدم هنا اختيار المريض للطبيب ومن ثم تنتفي العلاقة العقدية، فهو وإن كان يصلح في حالة عدم اختيار المريض للطبيب فإنه لا يصلح في الحالة التي يقوم فيها المريض بالذهاب إلى طبيب معين في عيادته الخاصة[٢]، وبالتالي فإن هذا الحكم لا يعد علامة أو دليل على اتجاه القضاء المصري[٣].

ولذا فإن الفقه القانوني[٤] يعارض مسألة اعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية في عمومها لأنه لا يمكن تجاهل العلاقة التعاقدية التي قد تنشأ بين الطبيب والمريض، وبصفة خاصة في الحالات التي يلجأ فيها هذا الأخير إلى الأول عن وعي واختيار[٥].

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، حيث قررت أن "مسئولية الطبيب الذي اختاره المريض ونائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية والطبيب وإن كان يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها إلا أن التزام الطبيب ليس التزامًا بتحقيق نتيجة، إنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودًا صادقة يقظة، تتفق — في غير الظروف الاستثنائية — مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول"[٦].

---

(١) نقض ١٩٦٩/٧/٣م، س٢٠، صـ١٠٩٤.

(٢) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ١٤٢.

(٣) التزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسين نجيده، صـ٣٣٦.

(٤) الوسيط، د/ عبد الرزاق السنهوري صـ٨٢١، ومذكرات في المسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس صـ٤٣، ومسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ وديع فرج، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٢، صـ٣٩٩، مسئولية الأطباء والجراحين د/ حسن زكي الابراشي ، صـ٦٤، ومشكلات المسئولية المدنية، د/ محمود جمال الدين زكي صـ٢١٩، والخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ١٥، دار النهضة العربية ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م، والمسئولية المدنية عن التجارب الطبية، د/ سهير منتصر صـ٢١، والتزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسين نجيده، صـ٣٣٦.

(٥) المسئولية الطبية، د/ محمد فائق الجوهري، صـ٥٠ وما بعدها، نقض مصري ١٩٦٩/٦/٢٦م، رقم ١١١، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ صـ١٠٧٥.

(٦) نقض مدني مصري ١٩٦٩/٦/٢٦م، رقم ١١١ لسنة ٣٥ق مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠، صـ١٠٧٥.

تقدير مسلك القضاء المصري :

لا شك أن مسلك القضاء المصري في ترجيح المسئولية التقصيرية في جانب الطبيب على المسئولية العقدية هو مسلك مميز، وذلك إن صح القول بأن القضاء المصري قد رجح تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية، في جانب الطبيب على المسئولية العقدية، لأن القضاء المصري تعرض لهذا الأمر في حدود الحالات التي عرضت عليه ولذا جاءت أحكامه منظمة لكل حالة على حده، مما نستطيع القول معه بأن مسئولية الطبيب تجاه المريض هي مسئولية خاضعة لطبيعة ونوع العلاقة التي على أساسها تولى الطبيب علاج المريض. والقول بأن القضاء المصري يرجح قواعد المسئولية التقصيرية، يميزه عن غيره، ولاسيما في ظل التطور القانوني الحالي في معظم التشريعات والتي أقرت أن مسئولية الطبيب هي مسئولية عقدية وليست تقصيرية[1]، مما يجعل من مسلكه هذا نموذجاً فريداً ومنتظماً وذلك لأنه من الثابت أن أحكام المسئولية التقصيرية هي لصالح المضرور من عدة وجوه[2].

١- **التعويض:** ففي المسئولية التقصيرية يكون التعويض عن الضرر المباشر الذي ينشأ عن الفعل الضار سواء كان هذا الضرر متوقعًا أو غير متوقع، أما في المسئولية العقدية فإن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المتوقع الحصول عادة وقت العقد (م ٢٢١/١).

٢- **التضامن:** ففي المسئولية التقصيرية التضامن بين المسئولين عن الفعل الضار مقرر بنص القانون (م ١٦٩)، أما في المسئولية العقدية فإنه لا يفترض وجود التضامن بين المدينين إلا إذا تم الاتفاق عليه صراحة.

٣- **الإعفاء من المسئولية:** يُجيز القانون (م ٢١٧) الاتفاق على إعفاء المدين في المسئولية العقدية من الخطأ اليسير أو على حصرها في حدود مبلغ معين، ولكنه لا يجيز ذلك بالنسبة للمسئولية التقصيرية باعتبار أن قواعد هذه المسئولية متعلقة بالنظام العام[3].

---

(١) كالقانون الألماني في المادة ٦١١ منه، وقانون الالتزامات السويسري في المادة ٣٦١منه، مشار إليهم في : الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل، صـ٢٣.

(٢) راجع هذه الوجوه في: المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ١٤٤.

(٣) لأن أمر العلاج يتعلق بالمساس بحياة الشخص وسلامة جسده ومصلحة المجتمع، وتلك الاعتبارات تجعل من المساس بها مساسًا بالنظام العام، وبالتالي يتوجب خضوع المخالف لها لقواعد المسئولية التقصيرية وليست العقدية.

#

وإذا كان مسلك القضاء المصري في الغالب يرى أن أساس مسئولية الطبيب هي المسئولية التقصيرية، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية مسألته وفقًا لأحكام المسئولية العقدية، كما في حالة اختيار المريض أو نائبه أحد الأطباء ليكون مسئولاً عن علاج المريض ففي هذه الحالة تكون المسئولية عقدية[1].

ولكن في هذه الحالة لابد من توافر عدة شروط لكي تكون مسئولية الطبيب عقدية فإذا ما تخلف إحداها اعتبرت مسئوليته تقصيرية لا عقدية[2] وهذه الشروط هي:

أولاً: وجود عقد بين المريض والطبيب، فإذا باشر الطبيب العلاج دون وجود عقد سابق كانت المسئولية تقصيرية وهذا الشرط يثير عدة فروض:

١- حالة اختيار المريض للطبيب :

ففي هذه الحالة يكون وجود العقد بين الطبيب والمريض أمرًا لا يحتمل المناقشة، ولكن قد يحدث خلاف حول تكييف الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمريض في حالة العلاج بالمجان[3].

فقد ذهب البعض[4] إلى إصباغ الصفة العقدية على هذه العلاقة بحيث تكون الخدمة المجانية موضوعًا لعقد يقوم على تراضي الطرفين شأن الوكالة غير المأجورة والوديعة المجانية، وبالتالي يترتب على الإخلال بعقود الخدمات المجانية مسئولية عقدية.

الموجز في النظرية العامة للالتزام، د/ عبد الرزاق السنهوري بند ٣١٨، صـ٢٣١، وشرح المسئولية المدنية د/ مصطفى مرعي، فقرة ٧١، ومسئولية الأطباء والجراحين، د/ حسن الإبراشي، صـ٢٠، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني (الالتزامات)، د/ محمد كامل مرسي، طبعة ١٩٥٥م، صـ٦٦ وما بعدها، المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد، د/ حسن عكوش، الطبعة الأولى، ١٩٥٧م، صـ٦٧.

(١) نقض مدني ٢٦ يوليو ١٩٦٩م، س٢٠، صـ١٠٧٥.

(٢) راجع هذه الشروط : الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٢٤ وما بعدها.

(٣) الخطأ والمسئولية المهنية، د/ سليمان مرقس، دروس للدكتوراه عام ١٩٥٧م / ١٩٥٨م، صـ٣٧٧، فقرة ١٨٧، مسئولية الأطباء والجراحين، د/ حسن الإبراشي، صـ٦٤.

(٤) سافاتيه : المسئولية الناشئة عن عقود الخدمات المجانية، المجلة الانتقادية ١٩٣٩م صـ٣٣ وما بعدها، المسئولية الجزء الأول فقرة ١٢٣ وما بعدها، مشار إليه : الخطأ الطبي، د/ وفاء أبو جميل صـ٢٥.

بينما ذهب الغالبية العظمى من الفقهاء[1] إلى نفي الصفة العقدية عن الخدمات المجانية لأن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به[2]، فالواعد بالخدمة المجانية لم يقصد أن يرتب التزامات في عاتقه وإنما هو يقوم بذلك من باب اللياقة فلا يوجد على عاتقه إلا التزام أدبي وبالتالي فمسئوليته عن الأخطاء التي تقع منه تدخل في دائرة المسئولية التقصيرية.

٢- حالة تدخل الطبيب بغير دعوة المريض :

إذا تدخل الطبيب من تلقاء نفسه أو بدعوة من غير ذي صفة ففي هذه الحالة لا يمكن أن يقال أن هناك عقد بين المريض والطبيب وذلك كما لو شاهد الطبيب حادثة وتدخل من تلقاء نفسه، ويعتبر عمل الطبيب هنا من قبيل الفضالة[3] ومثلها حالة ما إذا تم دعوة الطبيب من قبل الجمهور للاعتناء بمريض فلا يمكن هنا القول بوجود عقد بين الطبيب ومن دعاه، لأن هذه الدعوة مجرد رجاء إلى الطبيب لكي يعتني بالمصاب[4] ففي هذه الحالة تكون مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية.

ومثلها حالة ما إذا قامت شركة بالاتفاق مع طبيب لعلاج العاملين بها لأنه يصعب القول بوجود عقد بين الطبيب والعامل، فالعامل يستفيد من اشتراط لمصلحته في العقد المنعقد بين الجهة التي يعمل بها الطبيب أو المستشفى المعالج[5] وكذلك الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام لأن مثل هذا الطبيب هو موظف وبالتالي فهو في مركز

---

(١) راجع هؤلاء الفقهاء : الخطأ الطبي، د/ وفاء أبو جميل، صـ٢٦.

(٢) راجع في هذا المعنى : دروس في مصادر الالتزام ، للأستاذ الدكتور / لاشين محمد يونس الغاياتي، صـ ١٤٧.

(٣) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ١٨٠ ، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٩م، ونفس المعنى: مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي د/ رأفت محمد حماد ، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بشريعة دمنهور العدد العشرون سنة ٢٠٠٥م صـ٩٣٦.

(٤) نظرية العقد، د/ السنهوري فقرة ٨٠٥ ، ونفس المعنى: مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية د/ رأفت محمد حماد ، صـ٩٣٦.

(٥) مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الإبراشي، صـ٦٦، والمسئولية الطبية، د/ محمد حسين صـ١٣٩ وما بعدها.

تنظيمي تحكمه لوائح العمل وليس في موقف شخصي أو ذاتي،[1] وبالتالي فإن مسئوليته هي مسئولية تقصيرية وليست تعاقدية وهذا ما أقرته محكمة النقض المصرية في ٣ يوليو ١٩٦٩م حيث ذهبت إلى : "أن علاقة الطبيب بالجهة الإدارية التي يتبعها تنظيمية وليست تعاقدية، وأن مسئولية الطبيب في مستشفى مسئولية تقصيرية عن الضرر الذي يصيب المريض بسبب خطأ الطبيب المساعد، ولا يمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسئولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها؛ لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسئولية الطاعن في دائرة المسئولية التعاقدية"[2].

ثانيًا : يجب أن يكون العقد صحيحًا

لكي تكون المسئولية بين الطبيب والمريض عقدية فلابد أن يكون العقد صحيحًا، فإذا كان باطلاً[3] فإنه لا يترتب عليه أي التزامات وبالتالي تكون المسئولية تقصيرية[4].

ثالثًا : يجب أن يقع الضرر على المريض

فإذا كان الضرر الناتج عن خطأ الطبيب قد وقع على شخص من الغير كمساعد الطبيب جرحه الطبيب أثناء إجراء عملية، فالمسئولية لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية.[5]

---

(١) مبادئ القانون الإداري، د/ سليمان الطماوي، الكتاب الثاني صـ٢٩٨ وما بعدها، طبعة ١٩٦٤م، الوظيفة العامة، د/ حسن عبد العال، طبعة ١٩٧٣م، صـ٣٩، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي، د/ فؤاد مهنا صـ٧٨١، طبعة ١٩٨٣م.

(٢) نقض مدني مصري، ٣ يوليو ١٩٦٩م، رقم ٤١٧، س٢٠، صـ١٠٩٤.

(٣) ويبطل العقد إذا لم يؤخذ رضاء المريض بالعلاج، أو كان السبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة، كما لو كان الهدف من العقد إجراء تجربة طبية خطيرة لا تدعوا إليها حالة المريض الصحية.

راجع : محكمة ليون ١٩١٣/٦/٢٧، دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٧٣، ومحكمة السين ١٩٣٥/٥/١٦م، داللوز ١٩٣٦م— ٢ — ٩.

(٤) نظرية العقد، د/ عبدالرزاق السنهوري، فقرة ٥٩٢.

(٥) نقض ١٩٣٦/١٢/٣م، داللوز ١٩٣٧ — ١ — ٥.

رابعًا : أن يكون خطأ الطبيب راجع إلى إخلاله بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج[1]

فأي خطأ يقع من الطبيب ولا يكون له علاقة بالعقد فلا يمكن مساءلته عليه إلا على أساس المسئولية التقصيرية كما لو أخطأ الطبيب في عدم الانتباه إلى أخطاء مطبعية خاصة بتحديد جرعة الدواء مما تسبب عنه وفاة المريض[2].

خامسًا : لابد أن يكون المدعى صاحب حق في الاستناد إلى العقد :

ويتحقق هذا إذا طالب بهذا الحق المريض الذي أبرم العقد بنفسه أو ورثته بعد وفاته وذلك لأن أثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه ينصرف كذلك إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، وفقًا لما نص عليه القانون (م ١٤٥، ١٤٦ مدني مصري) فإذا طالب الخلف عامًا كان أو خاصًا في تلك الحدود بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد أو بتعويض عن عدم تنفيذه كانت قواعد المسئولية العقدية هي واجبة التطبيق[3].

طبيعة مسئولية الطبيب في عملية زراعة الكبد

بعد عرض وجهة النظر القضائية والفقهية حول طبيعة مسئولية الطبيب بوجه عام، أستطيع أن أقرر أن مسئولية الطبيب الجراح في عملية زراعة الكبد هي مسئولية عقدية دون خلاف، وذلك نظراً للطبيعة التي تتميز بها جراحة الكبد وحاجتها إلى وجود ترتيبات وتجهيزات معملية كثيرة قبل إنجاز العملية، وتجهيز المريض المستقبل، وكذلك المتبرع، وهو ما يؤكد حرية المريض في اختيار الطبيب، ورضائه به، مع الأخذ في الاعتبار أن هذا النوع من العمليات الحرجة وكما هو المتبع في كافة الدول التي نظمت هذه العملية يتم إجرائها في مراكز متخصصة في نوع الجراحة المطلوبة، حيث لا يمكن

---

(١) الخطأ الطبي، د/ وفاء أبو جميل صـ٣٤.

(٢) محكمة السين في ١٩١١/٤/١٣م، مشار إليه في المرجع السابق.

(٣) وذلك بخلاف ما إذا طالب أحد الأقارب من غير الورثة بالتعويض عن أي ضرر آخر لحقهم فإنه في هذه الحالة لا يجوز لهم ذلك إلا من خلال المسئولية التقصيرية، راجع: الخطأ الطبي، د/ وفاء أبو جميل صـ٣٥ وما بعدها.

إتمام الجراحة في غير هذه الأماكن المخصصة لهذا النوع الدقيق والخطير ويكون الفريق الطبي الجراحي معروفاً من أكبر جراح إلى كادر التمريض.

وإذا كان الفقه والقضاء قد ذهبا إلى أن مسئولية الطبيب يمكن أن تكون مسئولية عقدية كما يمكن أن تكون مسئولية تقصيرية وفقًا لطبيعة العلاقة التي على أساسها تم تدخل الطبيب لعلاج مريضه، فقد انتقد كثير من الفقهاء تقسيم المسئولية إلى عقدية وتقصيرية، خاصة في النطاق الذي لا يمثل فيه هذا التقسيم، أية فائدة ولا يسبب إلا خلطًا، أو غموضًا، ويعتقدون أن المسئولية الطبية أكثر مجالات المسئولية استجابة لنزعة التوحيد(١).

وبالتالي لا يُقبل القول بأن درجة العناية التي يلتزم بها الطبيب، تختلف حسب ما إذا كان يعالج عميلاً، أو يعالج جريحًا مجهولاً في الطريق، ففي كلتا الحالتين نجد أن التزامات الطبيب تخضع لأدبيات المهنة والتي يعد غريبًا عنها التفرقة بين المسئولية العقدية والتقصيرية، فخطأ الطبيب يقاس بنفس المعيار في الحالتين، ولذا سوف نلقي الضوء على طبيعة التزام الطبيب في ظل المسئولية المدنية.

---

(١) J. LAMBERT – FAIVRE, Assurances des enterprises et des professions, 1979, p. 622, No. 927, A. TUNC. Obs. In Rev. Trim. Dr. eiv. 1964, p. No. 10., DURRY. Obs. Rev. Trim. Dr. eiv. 1968, p. 363.

مشار إليهم في: التزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسين نجيده صـ٦.

المطلب الرابع

طبيعـــة التـــزام الطبيـــب

أجمع الفقه[1] والقضاء على أن التزام الطبيب بالنسبة للمريض ينحصر في الالتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وهذا ما أرسته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في ٢٠/٥/١٩٣٦م، والذي قررت فيه أن العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة الحال الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل بأن يبذل عناية لا من أي نوع بل جهودًا صادقة يقظة متفقة مع الظروف التي يوجد بها المريض ومع الأصول العلمية الثابتة[2].

كما قضت محكمة النقض المصرية بنفس المعنى حيث قررت أن التزام الطبيب ليس التزامًا بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودًا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول كما يسأل عن خطئه العادي أيًا كانت جسامته[3].

وقضت كذلك بأن مسئولية الطبيب لا تقوم في الأصل على أنه يلتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض إنما يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علمًا ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية

---

(١) الوسيط، د/ عبد الرزاق السنهوري جـ١، فقرة ٤٢٩، صـ٧٤١، فقرة ٥٤٨، صـ٩٣١، والمسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٤٧، ومشكلات المسئولية المدنية، د/ محمود جمال الدين زكي صـ٣٧٠، والخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٤٦، ونظرة في مسئولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، د/ محمد لبيب شنب، مجلة المحامي (الكويت) السنة الخامسة ١٩٨١م، الأعداد ٧ – ٩، صـ١٣٥، والمسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس، فقرة ١٥١، صـ٣٨٢، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، د/ السيد محمد السيد عمران، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط ١٩٩٢م، صـ٧، والموسوعة القانونية في المهن الطبية، المستشار / عدلي خليل، ط دار الكتب القانونية؛ المحلة الكبرى ١٩٩٦م، صـ١١٨، وما بعدها، والمسئولية المدنية للفريق الطبي، د/ فريد عبد المعز فرج، صـ١٢، ٢٠.

(٢) نقض مدني فرنسي ٢٠ مايو ١٩٣٦، سابق الإشارة إليه.

(٣) نقض مدني مصري ٢١ ديسمبر ١٩٧١م، س٢٢، رقم ١٧٩، صـ١٠٦٢، ونفس المعنى نقض مدني ٢٦ يونيه ١٩٦٩م، المجموعة س٢٠، رقم ١٦٦، صـ١٠٧٥.

الثابتة، وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة، لينفتح باب الاجتهاد فيها، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يُعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض، ويفوت عليه فرصة للعلاج مادام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدي ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب[1].

وبالتالي فإن كل ما على الطبيب هو أن يعتني بالمريض العناية الكافية، وأن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه من مرضه، فلا يكفي لكي يُعدّ الطبيب مخلاً بالتزامه أن يَخيب العلاج، أو تسوء حالة المريض، بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنايته، ولا يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن يترتب عليه المسئولية[2].

وتتأسس طبيعة التزام الطبيب، واقتصار محله على بذل العناية على فكرة الاحتمال التي تهيمن على نتيجة مهمته التي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته، فالطبيب يعالج والله -سبحانه وتعالى- يشفي[3].

فلا يفرض على الطبيب التزام محدد بضمان شفاء المريض، إذ يتوقف ذلك على عوامل واعتبارات تخرج عن إرادة الطبيب كمناعة الجسم، وحالته، وحدود التقدم العلمي، فالطبيب لا يلتزم بمنع المرض من التطور إلى حالة أسوأ، أو ألا تتخلف عند المريض عاهة، أو ألا يموت، إذ كل هذا يخرج عن سلطانه[4].

ويتحكم في درجة التزام الطبيب مستواه المهني، فالطبيب الممارس (العمومي) لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب المتخصص، إذ يطلب من الأخير قدر من العناية يتفق مع مستواه.

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/٢٢، س١٧، صـ٦٣٦، رقم ٨٨.

(٢) مصر الوطنية ١٩٣٩/٢/٧م، المحاماه س١٩، صـ٩٧٠.

(٣) مشكلات المسئولية المدنية، د/ محمود جمال الدين زكي، فقرة ٥٣، صـ٣٧٠.

(٤) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٤٩، ونفس المعنى : الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٤٧.

وهذا ما قررته محكمة استئناف مصر حيث قضت بأنه بالنسبة للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة[1].

كما أنه ينبغي أن يؤخذ في الحسبان عند تحديد مسئولية الطبيب الظروف الخارجية المحيطة به، والتي تتم عملية العلاج فيها كمكان العلاج، والإمكانيات المتاحة، فإجراء الجراحة في مستشفى مجهز بأحدث الأجهزة الحديثة يختلف عن إجرائها في مكان نائي منعزل ولا يوجد فيه شيء من هذه التجهيزات وحالة المريض تستدعي تدخل جراحي فوري في مكان وجوده دون الانتظار لنقله إلى مستشفى أو عيادة[2].

وإذا كان الطبيب مطالباً ببذل العناية اللازمة للمريض فإن ذلك يستدعي أن تكون هذه العناية متفقة مع المعطيات العلمية المكتسبة أو الحالة المعاصرة[3] فليس من المعقول استعماله لوسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، فهو وإن كان لا يلتزم بإتباع تلك الوسائل إلا أنه ينبغي عليه الالتجاء إلى تلك التي استقر عليها الطب

---

(١) استئناف مصر ١٩٣٦/١/٢م، المحاماه س١٦، صـ٣٣٤، وقضت في حكم آخر : بأن الطبيب المولد يكون مسئولاً عن استعماله العنف في جذب الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض استنادًا إلى أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة، جذب الرأس حتى يفصل عن العنق رغم أنه من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب غير أخصائي يعالج كل الأمراض. مصر الابتدائية ١٩٢٧/٥/٢م، المجموعة صـ٢٠.

(٢) المسئولية المدنية في البلاد العربية، د/ سليمان مرقس صـ٣٨٣، ونفس المعنى، المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ١٤٩، وما بعدها.

(٣) وهذا ما قررته أحكام محكمتي النقض في كل من فرنسا ومصر ومنها : في فرنسا :
نقض ١٩٣٦/٥/٢٠م سيري ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ وداللوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ مرافقة في داللوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٣، تقرير جوسران في دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١، نقض أول يوليه ١٩٣٧ — ١ — ٦، باريس ١٩٣٨/٣/١٨، داللوز الأسبوعي ١٩٣٨ — ٣٣٧.
وفي مصر : محكمة مصر جنح مستأنفة ١٩٠٤/٤/١٩م، استقلال سنة ٣ رقم ١٩٠، صـ١٠٤، نقض مصري ١٢/٢١/ ١٩٧١م، س ٢٢ رقم ١٧٩، صـ١٠٦٢.
ويلاحظ أن جعل محكمة النقض الفرنسية الطبيب مسئولاً عن مخالفته الأصول العلمية الثابتة يعد تطورًا من جانب القضاء مرجعه إلى عاملين أساسيين : عامل اجتماعي قوامه التطور الثقافي والأخلاقي، وعامل فني قوامه النهضة العلمية وما صاحبها من تقدم في فن العلاج.
ينظر : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الإبراشي صـ٢٣٤، وراجع نفس المعنى : التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، د/ السيد محمد عمران صـ١١، وما بعدها.

الحديث، وله الاجتهاد في اختيار أنسب الوسائل حسب حالة المريض والإمكانيات المتاحة وتطويعها بحيث تتفق وظروفه الخاصة[١].

ومع ذلك فهناك حالات يكون الطبيب ملتزم فيها بتحقيق نتيجة وهي مناط الدراسة خلال السطور التالية.

التزام الطبيب في حالات استثنائية بتحقيق نتيجة :

هناك حالات استثنائية تجعل من التزام الطبيب التزامًا بتحقيق السلامة وحماية المريض[٢] وذلك على خلاف الأصل المقرر من أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، والالتزام بالسلامة هنا لا يعني التزام الطبيب بشفاء المريض، بل بألا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية وبالا ينقل له مرضًا آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله إليه من دم وخلافه[٣] وسوف نعرض لهذه الحالات فيما يلي:

أولاً : نقل الدم، والتحصين والسوائل الأخرى والتحاليل الطبية:

١- نقل الدم:

قد يحتاج المريض إلى دم وهو بصدد إجراء العملية الجراحية وهنا يقع على الطبيب التزام بأن يحقق نتيجة[٤] ألا وهي نقل الدم النقي للمريض فيتعين أن يكون متفقًا مع فصيلة دمه، وأن يكون خاليًا من الأمراض[٥]، ونلاحظ أن الطبيب المعالج هنا لا يجري تحليل دم المريض بنفسه ليقف على فصيلة دمه بل يعهد بهذه المهمة إلى طبيب تحاليل متخصص أو معمل للتحاليل الطبية أو غالبًا ما يلجأ إلى مركز متخصص كبنك

---

(١) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٥٠.
(٢) الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٧٤.
(٣) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٥٥.
(٤) ولا تعارض بين التزام الطبيب ببذل العناية واليقظة التي يرتبه عقد العلاج على عاتق الطبيب، وبين الالتزام المحدد بالسلامة من عيوب الدم الذي ينقل للمريض، فهذا الأخير لا يطالب الطبيب بشفائه نتيجة لنقل الدم، وإنما يطالبه بألا يضيف بنقل الدم إليه علة جديدة إلى المرض الذي يعالجه، راجع: أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ٤٠٧ وما بعدها.
(٥) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٦٩، ونفس المعنى : الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل، صـ٧٤، وما بعدها.

الدم، وبمقتضى العلاقة بين الطبيب أو هذا المعمل أو البنك يتعهد صاحبه بتقديم دم سليم ويكون التزام كليهما التزام بتحقيق نتيجة[1].

وهنا يثور سؤال، ما هي طبيعة العلاقة بين المريض وبين المعمل أو بنك الدم ؟

في الحالة السابقة يرجع المريض على طبيبه لأنه تعهد بمقتضى العقد معه بتقديم الدم السليم الذي يتفق في الفصيلة مع دمه فيكون رجوعه على الطبيب بمقتضى المسئولية العقدية، ولكنه لا يستطيع الرجوع مباشرة على مدير بنك الدم أو مركز التحاليل إلا طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية التي توجب عليه إقامة الدليل على خطئه[2] وهذا بالطبع في غير حاله ما إذا تكفل المريض بالحصول على الدم بنفسه أو تولي إجراء التحاليل في معامل خاصة خارجية فتكون علاقته بهذه المراكز علاقة تعاقدية.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية العلاقة بين المريض ومركز نقل الدم علاقة تعاقدية تجيز للمريض الرجوع مباشرة على هذا المركز إذا ما هو أخل بالتزامه بتحقيق نتيجة وهي الحصول على دم سليم، حتى في حالة ما إذا كان الطبيب هو الذي تعاقد مع المركز وذلك على أساس قيام اشتراط لمصلحة الغير في العقد الذي أبرمه الطبيب مع المركز، ليستطيع المريض بغير حاجة إلى إثبات خطئه، مطالبته بتعويض عن إخلاله بالالتزام الناشئ عن العقد لمصلحته[3].

٢- السوائل الأخرى :

ويقع على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة أيضًا في حالة قيامه بإعطاء المريض سوائل معينة عن طريق الحقن كالجلوكوز Glucose والأمصال والسوائل الأخرى، فعلى الطبيب أن يتأكد من صلاحية هذه السوائل وقابلية الجسم لاستيعابها، ولذلك ثبت

---

(١) الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٧٥، وذلك لأنه في هذه الحالة ليس المطلوب مجرد بذل الجهد في تحديد فصيلة الدم وإنما يتعين تحديد الفصيلة على وجه الدقة، وكذلك خلو الدم من الجراثيم والفيروسات والأمراض، ويترتب على الإهمال في ذلك الوقوع تحت طائلة المسئولية، لأن التزام الطبيب في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة محددة ، وهي التأكد من سلامة الدم المنقول حفاظاً على سلامة وصحة المريض المنقول إليه، ينظر تفصيل ذلك: أحكام نقل الدم، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ٤٠٧.

(٢) مشكلات المسئولية المدنية، د/ محمود جمال الدين زكي، صـ٣٧٨، وما بعدها.

(٣) نقض مدني فرنسي ١٧ ديسمبر ١٩٥٤، دالواز ١٩٥٤، قضاء ٢٦٩ وتعليق روديير.

مسئولية العيادة نتيجة حقن المريض بمصل فاسد Sérum défectueux حتى ولو ظل أصل الفساد غير معروف[1].

٣- التحصين

وفي مجال التحصين الذي تقوم به الدولة لحماية المواطنين من الأمراض يقع على عاتق القائم بعملية التحصين التزام بتحقيق نتيجة معينة وهي سلامة الشخص المحصن، ولذلك ينبغي أن يكون المصل Vaccin سليمًا لا يحمل للشخص عدوى مرض من الأمراض وأن يعطي بطريقة سليمة وصحيحة[2].

وطالما أن القائم بالتحصين قد راعى الضوابط المناسبة في اختيار المصل واتفاقه مع الأصول العلمية الحديثة وبذل في القيام به الجهود اليقظة، فإن ضمان فاعلية المصل لا يدخل ضمن التزاماته بتحقيق النتيجة.

٤- إجراء التحاليل الطبية

تعتبر التحاليل الطبية من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديدًا دقيقًا ولا تحتمل صعوبات خاصة بالنسبة للطبيب، ولا تنطوي على قدر من الاحتمال والمخاطرة كغيرها من الأعمال الطبية، فالتحاليل المعملية أو المخبرية أصبحت من الاستقرار بحيث لا يمكن أن تتضمن في الوقت الحاضر أي احتمال[3].

ولذا فإن التزام الطبيب بالنسبة لجميع أنواع التحاليل الطبية ،حله تحقيق نتيجة، ويقع الإخلال به بمجرد ثبوت غلط فيه[4].

وقد قضت محكمة نقض فرنسا بأنه "في كل مرة ينحصر فيها نشاط الطبيب في أعمال معملية لا تتضمن بحسب الأصول العلمية السليمة أي احتمال، فيجب أن يتحدد هذا النشاط ويكون تقديره، وفقًا لنتيجته".[5]

---

(١) Civ. 4 Fev. 1959, D. 1959, 153 n. Esmein, J.C.P. 1959, 2, 11046, n. Savatier.

مشار إليه في: المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٧٠.

(٢) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٦٨.

(٣) أحكام نقل الدم ، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، صـ٤٠٩.

(٤) الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل ، صـ٧٦.

(٥) نقض مدني فرنسي ٢٥ مايو ١٩٧١م دالوز ١٩٧٢م مختصر صـ٣٩، واستئناف داللوز ١٤ ديسمبر ١٩٥٩ داللوز ١٩٦٠، قضاء صـ١٨١.

ثانيًا : الأدوات والأجهزة الطبية :

أصبح من الضروري جدًا في مجال الأعمال الطبية وخاصة الجراحية وجود أدوات وأجهزة طبية حديثة تساعد الجراح أثناء الجراحة بل إن كفاءة الطبيب تقاس اليوم بمدى مقدرته على التعامل مع الأجهزة الطبية الحديثة ومدى تجهيز عيادته بها، وقد يترتب على استعمال هذه الأجهزة أضرار تصيب المريض نتيجة وجود عيب أو عطل بها، وهنا يقع على الطبيب التزاماً مقتضاه استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضرارا بالمريض[1].

كما يُسلِّم القضاء بالتزام الطبيب بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في عمليات العلاج والجراحة[2].

وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسئولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه، إلا أنه يستطيع التخلص من المسئولية – طبقًا للقواعد العامة – بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه[3].

أما إذا نشأت الأضرار عن الأعمال الطبية البحتة بما تنطوي عليه من خصائص فنية وعلمية، فإن محل التزام الطبيب يكون التزامًا ببذل عناية، ولا تقوم مسئوليته إلا إذا ثبت وجود تقصير من جانبه[4].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن :

---

(١) الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٧٩، ونفس المعنى : المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٥٥ وما بعدها.

(٢) السين ٣ مارس ١٩٦٥م، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٦٦ – ١٤٥٨٢ – وتعليق سافاتيه، وتعليق على نقض فرنسي أول أبريل ١٩٦٨م دالوز ١٩٦٨ قضاء صـ٦٥٣، تانك تعليقات على القضاء المدني، المجلة الفصلية، سنة ١٩٦١م، صـ١١٢، رقم ١٨، سنة ١٩٦٢م، صـ٦٣٤، رقم ٢، سنة ١٩٦٣م، صـ٣٢٩، رقم٦.

(٣) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٥٦، وراجع استئناف روان Rauan ٤ يوليو ١٩٦٦، الأسبوع القانوني ١٩٦٧ – ٢ – ٧٢، ١٥، وتعليق سافاتيه السابق الإشارة إليهم.

(٤) الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٨١، ونفس المعنى : المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٥٧.

- القضاء بمسئولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة، نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التخدير، واشتعاله بشرارة خرجت منه[1].

- وكذلك القضاء بمسئولية الطبيب من الحروق التي أصابت المريض بسبب اللهب الخارج من المشرط الكهربائي أثناء العملية رغم أن الطبيب لم يرتكب أي خطأ أو تقصير في استخدام المشرط[2].

- ومسئولية الطبيب عن إصابة المريض بالتهاب لزيادة تعريض جلده للأشعة نتيجة خلل في منظم جهاز الأشعة[3].

- وتمتد مسئولية الطبيب لتشمل الأضرار التي تصيب المريض نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطها المفاجئ أو عند صعوده أو نزوله من عليها[4].

- كما يُسئل الطبيب عن الأضرار الناشئة عن كسر الحقنة Serinque بالعضلات.[5]

ويلاحظ أن الأضرار السابقة تعتبر منقطعة الصلة بالمرض وتستقل عن العمل الطبي في ذاته وما ينطوي عليه من طبيعة فنية، لذا فإن محل الالتزام بصددها هو التزام بتحقيق نتيجة هي سلامة المريض[6].

إلا أن القضاء في هذه الحالة يؤسس المسئولية الطبية — رغم ذلك — استنادًا إلى قواعد المسئولية التعاقدية وليست المسئولية التقصيرية المستمدة من فكرة الحراسة حيث لا يجوز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين؛ بل تستبعد المسئولية التقصيرية من مجال العقود، وحيث إن العلاقة قائمة بين المريض والطبيب فإنه يحتج بقواعد المسئولية العقدية.

---

(١) السين الابتدائية ٣ مارس ١٩٦٥، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٦٦ — ٢ — ١٤٥٨٢ وتعليق سافتيه.
(٢) مارسليا الابتدائية ٣ مارس ١٩٥٩م، الأسبوع القانوني ١٨٥٩ — ٢ — ١١١٨.
(٣) استئناف مونبلية ١٠ مارس ١٩٤٨، دالوز ١٩٤٨ مختصر صـ٤٣، ونقض مدني ٣٠ أكتوبر ١٩٢٩، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٢٩ — ١٢٩٢٤، وتعليق سافتيه.
(٤) استئناف باريس ٢٢ ديسمبر ١٩٥٣، دالوز ١٩٥٤، قضاء صـ١٧٥، نقض مدني ١٦ نوفمبر ١٩٦٥، دالوز ١٩٦٥، صـ٦١.
(٥) نقض مدني ١٥ مايو ١٩٧١، دالوز ١٩٧٢، ٥٣٤.
(٦) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ١٥٧، والخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٨١.

وقد قُضي بمسئولية طبيب الأسنان نتيجة تمزيق لسان المريض وأغشية فمه بسبب عدم سيطرته على جهاز العلاج أثناء استعماله في علاجه لأن هذه الإصابات، ولو كانت ترجع في الحقيقة إلى الأعمال الطبية في ذاتها، إلا أنها نظرًا لجسامتها تخرج عن نطاق حوادث العلاج، ويلتزم الطبيب إزاءها بسلامة مريضه[1].

كما أجاز القضاء الفرنسي تطبيق المادة ١/١٣٨٤ مدني فرنسي (المقابلة للمادة ١٧٨ مدني مصري) والمتعلقة بحراسة الأشياء في الحالات التي لا يقوم فيها العقد الطبي وقضى لأقرباء المضرور بصفتهم الشخصية[2]، أو عندما يكون المضرور من آلة طبيب آخر وذلك كانكسار الإبرة في يد الجراح وإصابة شظية منها عين مساعده[3]، وكذلك عندما يكون حارس الشيء الذي نتج عنه الضرر طبيبًا، أو شخصًا آخر غير الذي كان طرفًا في العقد الطبي، وذلك كالدعوى التي ترفعها المريضة على شريك الطبيب الذي يعالجها استنادًا إلى أن هذا الشريك هو الحارس للمنضدة التي اصطدمت بها في عيادته[4].

ويؤيد الفقه هذا القضاء لاتفاقه مع القواعد العامة في المسئولية العقدية عن الأشياء التي يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه، فالمدين في الالتزام التعاقدي يُسأل عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ إلتزامه، سواء أكان التزامه محدداً أو كان التزامه عامًا باليقظة والانتباه[5].

ثالثاً: التركيبات الصناعية:

أدى التقدم الطبي والتقني إلى تزايد الالتجاء إلى الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويض الإنسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية ويتجلى ذلك في مسألة تركيب الأسنان.

ويمكن أن تثير مسألة تركيب الأعضاء المسئولية الطبية من ناحيتين مختلفتين:

---

(١) مو Meaux الابتدائية ١٣ ديسمبر ١٩٦١، جازيت دي باليه ١٩٦١ — ٤٤٢.

(٢) إذ رفضت المحكمة نقض الحكم الذي منح ورثة الضحية تعويضًا، حيث توفي على أثر انفجار جهاز التخدير، وذلك استنادًا إلى المادة ١/١٣٨٤ مدني، فالأقارب ليسوا طرفًا في العقد الطبي ومن ثم يمكنهم الاستناد إلى المسئولية التقصيرية، نقض مدني فرنسي أول أبريل ١٩٦٨ دالوز ١٩٦٨ — ٦٥٣، ومجلة الأسبوع القانون ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٥٤٧، وتعليق رابو.

(٣) نقض مدني ٢٩ ديسمبر ١٩٤٧، دالوز ١٩٤٨ — ١٢٧.

(٤) نقض مدني ٧ يونيه ١٩٦٨، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٦٢٨.

(٥) مشكلات المسئولية المدنية، د/ محمود جمال الدين زكي، ص٣٩١.

الناحية الأولى: وهي مدى فاعلية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص القائم لديه.

والناحية الثانية: في مدى سلامة العضو وصناعته وجودته[1].

فالجانب الأول عمل طبي يكون فيه الطبيب ملتزماً بعناية ولا تقوم مسئولية إلا إذا ثبت تقصير من جانبه، فكل ما على الطبيب هو بذل الجهد اللازم لاختيار العضو الملائم وتهيئته ليقوم بالدور الذي يلائم حالة المريض ويعوض النقص.

أما بالنسبة للجانب الآخر فهو ذو طبيعة تقنية وفنية يلتزم بمقتضاها الطبيب بتحقيق نتيجة وهي ضمان سلامة العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض، وبالتالي تقوم مسئولية إذا كان هذا العضو ردئ الصنع أولاً يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضراراً للمريض[2].

وعند نظر الأمر أمام القضاء بصدد أطباء الأسنان أثناء قيامهم بوضع الأسنان الصناعية ذهب القضاء في البداية إلى اعتبار طبيب الأسنان في هذا الصدد في حكم البائع للأسنان الصناعية وبالتالي فهو يلتزم بضمان العيوب الخفية، فالمريض لا يلتزم بإثبات خطئه لاننا لسنا بصدد التزام ببذل عناية، بل بصدد بيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف هو قبول الأسنان بعد تجربتها، ومناسبتها، ويؤدي تخلف هذا الشرط اعتبار العقد كأن لم يكن[3].

ولكن الفقه[4] انتقد هذا القضاء لخطأ التحليل الذي يقوم عليه ومجافاته لواقع العمل الطبي الذي يقوم به طبيب الأسنان، فالعبرة في تكييف العقد بالغرض الاقتصادي الذي يُستهدف منه وفقاً للالتزامات التي يرتبها في ذمة طرفيه، ولا يجوز تجزئة العقد والاعتماد في تكييفه على بعض عناصره.

---

(١) Mêmeteau, prothêse et resp. du mêdcin D.1976. p.٩
savatier, les problemes juyidiques des transplantions d'organes humains, J.G.P.1969.1.2247.
مشار إليهم في: المسئولية الطبية د/ محمد حسين منصور صـ٧٩.

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير ١٩٧١ دالواز ١٩٧١ ـ ٢٨٩، ونقض مدني ١٥ نوفمبر ١٩٧٢ دالواز ١٩٧٣ ـ ٢٤٣، وحكم محكمة ديجون ٢٤ يونية ١٩٥٢ دالواز ١٩٥٢ ـ ١٧١.

(٣) مشكلات المسئولية المدنية د/محمد جمال الدين زكي صـ٣٩٤، ونفس المعنى الخطأ الطبي د/ وفاء أبو جميل صـ٨٤.

(٤) المسئولية الطبية د/ محمد حسين منصور صـ١٦٠ ، والخطأ الطبي . د/وفاء أبو جميل صـ٨٤.

ولذلك اتجه القضاء إلى أن التزام الطبيب بتقديم الأسنان الصناعية للمريض لا ينفي عن اتفاقه بشأنها وصف العقد الطبي، والذي ينشئ على عاتقه إلى جانب التزامه بوضع الأسنان الصناعية بعد تهيئة الفم لها، ومحله بذلك بذل عناية، التزاماً آخر بتقديم هذه الأسنان مطابقة للمواصفات وملائمة للاستخدام، وهو التزام بتحقيق النتيجة السابقة، فإذا حدث ضرر للمريض كان الطبيب مخلاً بالتزامه وقامت مسئوليته إلا إذا قام الدليل على أن إخلاله به يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه[1].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية: بأنه نظراً للالتزام القائم على عاتق الطبيب بأن يركب لعميله الأسنان الصناعية المناسبة له، فإنه لا يمكن توجيه اللوم لقاضي الموضوع لحكمه بفسخ العقد بسبب خطأ الطبيب الذي لم يف بالتزامه (بتحقيق النتيجة المرجوة)، حتى ولو كان العميل قد رفض العودة لإجراء محاولة رابعة، ورفض كذلك قبول تحمل "الطاقم" لمدة كافية حتى يتعود عليه[2].

---

(١) محكمة متز Metz ١٣ ديسمبر ١٩٥١ الأسبوع القانوني ١٩٥٢ - ٢ - ٦٩٠٩، وتعليق فيل Weill .

(٢) نقض فرنسي ١٥ نوفمبر ١٩٧٢ دالواز مختصر صـ٢٤٣، كما قضت في حكم آخر بأن العميل يكون محقاً في امتناعه عن دفع الأتعاب لأخصائي الأسنان والمطالبة بتخفيضها، حيث إن القواعد المطبقة في هذا الشأن تقضي بالتزام الطبيب، الأخصائي في هذا المجال، بتركيب "الطاقم" الملائم لفم المريض، هذا ما لم يثبت قيام عوامل خارجية عن إرادته وغير متوقعة منعه من الدفاع بالتزامه، نقض فرنسي ١٧-فبراير ١٩٧١ دالواز ١٩٧١ مختصر صـ٢٨٩.

المبحث الثاني
مفهوم المسئولية الطبية
وجوانبها في الفقه الإسلامي

إن المسئولية في الفقه الإسلامي تعني تحمل التبعة، وقد تعرض لها الفقهاء تحت مسمى الضمان، والأطباء شأنهم شأن غيرهم من أصحاب الأعمال الحرة من حيث خضوعهم للأحكام العامة في الفقه الإسلامي، والتي تقضي بوجوب مراعاة الخيطة والحذر، وعدم التهاون في الأمور التي تمس سلامة البدن، وإذا كانت مقاصد الشرع التي يسعى إلى تحقيقها إما أن تكون ضرورية[1] أو حاجية[2]، أو تحسينية[3]، فإن حفظ النفس من المقاصد الضرورية التي دعي الإسلام إلى حمايتها[4]، ومن ثم يجب على الطبيب أن يسعى إلى المحافظة على النفس البشرية، وإذا قصر في بذل العناية المطلوبة قامت مسئوليته، ولكي نقف على مفهوم المسئولية الطبية، وأساس مشروعيتها وجوانبها، وطبيعة التزام الطبيب، فلابد من تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية المسئولية الطبية.

المطلب الثالث: جوانب المسئولية الطبية في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: طبيعة التزام الطبيب في الفقه الإسلامي.

---

(١) الضروريات: هي التي لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد. الموافقات للشاطبي، جـ٢ ، صـ٤ .

(٢) الحاجيات : هي التي يفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة ولكن لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة . الموافقات للشاطبي، جـ٢ ، صـ٤ .

(٣) التحسينيات : معناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات. الموافقات للشاطبي، جـ٢ ، صـ٥ .

(٤) وفي ذلك يقول الإمام أبى حامد الغزالى : " ومقصود الشارع من الخلق خمسة : أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة ، فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ، وهذه الأصول حفظها واقع في مرتبة الضرورة، فهي أقوى المراتب في المصالح" ، ينظر: شفاء الغليل ، للإمام أبى حامد الغزالى صـ١٠٣.

المطلب الأول

مفهـــوم الضمـــان في الفقـــه الإســـلامي

مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً

الضمان لغة: قال ابن فارس [1]: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم : ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضماناً من هذا؛ لأنه إذا ضمنه استوعب ذمته [2]، ويأتي الضمان بمعنى الكفالة والغرامة والالتزام، فقد جاء في القاموس المحيط: ضمَّنته الشيء تضميناً فتضمَّنه، يعني غرَّمته ما التزمه[3].

وفي لسان العرب: ضمنتُ الشيء أضمنُه ضماناً، فأنا ضامنٌ، وهو مضمون[4]، وبهذا المعنى ورد الحديث الذي رواه أبو هريرة — رضي الله عنه — في صحيح مسلم، أن الرسول ﷺ قال: « تَضَمَّنَ اللَّهُ لِمَنْ خَرَجَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا جِهَادًا فِي سَبِيلِي وَإِيمَانًا بِي وَتَصْدِيقًا بِرُسُلِي فَهُوَ عَلَيَّ ضَامِنٌ أَنْ أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ... » أي ذو ضمانة[5].

وفي المعجم الوسيط: الضمان: الكفالة والالتزام، والضامن هو الكفيل، أو الملتزم، أو الغارم[6] أو الضمين، يقال: ضمنت الشيء أضمنه ضماناً، فأنا ضامن، وهو مضمون. قال ابن الأعرابي[7]: فلان ضامنٌ وضمين وكافل وكفيل[8].

---

(١) أحمد بن فارس بن زكريا ، أبو الحسين الرازي ، من أئمة اللغة ، ولد بقزوين ، وأكثر الإقامة بالري ، من مؤلفاته: " المجمل " ، " مقاييس اللغة " ، و " فقه اللغة " . مات سنة (٣٩٥هـ) . (سير أعلام النبلاء جـ١٧، صـ١٠٣ ، ووفيات الأعيان، جـ١ ، صـ١١٨) .

(٢) معجم مقاييس اللغة، جـ٦، صـ٦٠٣ ، مادة (ضمن) .

(٣) القاموس المحيط للفيروز آبادي جـ٤ ، صـ٢٣٩، فصل الضاد، باب النون.

(٤) لسان العرب لابن منظور جـ٣، صـ٥٥ ، مادة (ض م ن).

(٥) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله، حديث رقم(٤٨١٥)، جـ١٣، صـ١٨، والنسائي في سننه الكبرى ، كتاب الإيمان وشرائعه، باب الجهاد، حديث رقم(١١٦٥٧)، جـ٦، صـ٥١٣، وابن ماجه في سننه ، كتاب الجهاد، باب فضل الجهاد في سبيل الله، حديث رقم(٢٨٢٤) ، جـ٢، صـ٩٢١.

(٦) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية جـ١ ، صـ٥٦٥، مادة (ض م ن).

(٧) هو: محمد بن زياد الكوفي، المعروف بابن الأعرابي، أبو عبدالله. لغوي، نحوي، راوية لأشعار القبائل، ولد بالكوفة سنة (١٥٠ هـ)، وأخذ اللغة عن المفضل الضبي والكسائي وابن السكيت. وتوفي سنة (٢٣١ هـ). من مصنفاته: معاني الشعر، النوادر. ينظر: شذرات الذهب، جـ٣، صـ١٤١، ومعجم المؤلفين، جـ١٠، صـ١١.

(٨) تاج العروس للزبيدي، جـ٣٥، صـ٣٣٣، والقاموس المحيط للفيروزآبادي، جـ٤، صـ٢٣٩، ومختار الصحاح للرازي، صـ ٣٨٤.

والمضامين ما في أصلاب الفحول؛ حيث جاء في موطأ الإمام مالك، عن سعيد بن المسيب[1] — رضي الله عنه — أن الرسول ﷺ نهَى عنْ بيعِ المَضَامِينِ وَالْمَلَاقِيحِ [2].

الضمان اصطلاحًا: عند الحنفية هو: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس، أو بدين، أو عين، كمغصوب، ونحوه؛ لأن المطالبة تعم ذلك[3].

أو أنه : ضم ذمة إلى ذمة في الدين[4].

وعند المالكية: جاء في الشرح الكبير للدردير[5]: «الضمان شغل ذمة أخرى بالحق»[6].

وعند الشافعية: ورد في مغني المحتاج: "أن الضمان لغة الالتزام، وشرعا: يقال حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه،أو عين مضمونة»[7].

وعند الحنابلة: عرفه ابن قدامة، بأنه: « ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق »[8].

---

(١) هو: سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو محمد. سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة. ولد سنة (١٣ هـ) وسمع الحديث من عدد كبير من الصحابة، منهم: عثمان وعلي وابن عباس. وحدث عنه: عمرو بن دينار، والزهري وغيرهما. وكان سعيد يتجر في الزيت، ولا يأخذ عطاء، وكان أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته، ومناقبه كثيرة. توفي بالمدينة سنة (٩٤هـ).

ينظر: سير الأعلام جـ٤، صـ٢١٧، الأعلام جـ٣، صـ١٠٢.

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب: ما لا يجوز من بيع الحيوان، حديث رقم (١٣٦٥)، جـ٢، صـ٣٦، عن سعيد بن المسيب مرسلا. ورواه إسحاق بن راهويه والبزار في مسنديهما موصولاً عن أبي هريرة، وفيه صالح بن أبي الأخضر وهو ضعيف. ينظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ). تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني. المدينة المنورة (١٣٨٤هـ)، جـ٣، صـ١٢، (والمضامين بيع ما في بطون إناث الإبل والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال).

(٣) الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لعلاء الدين محمد ابن علي بن محمد الحصكفي (١٠٨٨ هـ)، جـ٥، صـ٣٢٣، دار الفكر –بيروت.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي، جـ٤، صـ١٤٦.

(٥) هو: أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي، المالكي، الأزهري الخلوتي، الشهير بالدردير، أبوالبركات. فقيه، صوفي، مشارك في بعض العلوم. ولد في بني عدي بصعيد مصر سنة (١١٢٧هـ)، وتولى مشيخة الطريقة الخلوتية والإفتاء بمصر، وتوفي بالقاهرة سنة (١٢٠١هـ)، من مصنفاته: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، فتح القدير في أحاديث البشير النذير، ينظر: معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٢، صـ٦٨.

(٦) الشرح الكبير للدردير، جـ٣، صـ٢٠٠.

(٧) مغني المحتاج للشربيني، جـ٢، صـ٢٧٢.

(٨) المغني لابن قدامة، جـ٤، صـ٤٦٩.

ومن خلال التعريفات السابقة نجد أن الفقهاء قد استعملوا الضمان بمعنى الكفالة، وهو أخص إطلاقاته، فالضمان عندهم يطلق على ضمان المال والتزامه بعقد، وبغير عقد[1].

وهناك تعريفات معاصرة للضمان جعلته أعم وأوسع من مجرد ضمان المال ومنها:

تعريف الشيخ علي الخفيف حيث عرف الضمان بأنه: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل لسبب من الأسباب الموجبة له[2].

وتعريف الدكتور وهبة الزحيلي، للضمان بأنه: «الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس البشرية»[3].

وهذا التعريف الأخير للضمان يتمشى مع مفهوم المسئولية التي تنشأ بالذمة لجبر الضرر الناشئ عن مخالفة أحكام الشارع العامة، القاضية بحق الإنسان في سلامة نفسه، وبدنه، وسمعته، وماله، والتي هي في مجال دراستنا تتمثل في إخلال الطبيب بواجباته، ومخالفته للضوابط التي يلتزم بها الأطباء، مما يستلزم قيام مسئوليته نتيجة ذلك، وقيام مسئولية الطبيب لها أساسها الشرعي التي تقوم عليه، وهذا ما نتناوله خلال المطلب التالي.

---

(١) ينظر : الاختيار للموصلي، جـ٢، صـ١٦٦ ، ومواهب الجليل للحطاب، جـ٥، صـ٩٦، وروضة الطالبين للنووي، جـ٣، صـ٤٧٣ ، والإنصاف للمرداوي، جـ٥، صـ١٨٩ .

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م، القاهرة، صـ٨.

(٣) نظرية الضمان، دراسة مقارنة، ، د/ وهبة الزحيلي، دار الفكر- بيروت، (١٩٩٨م)، صـ ١٥.

المطلب الثاني

أدلـــة مشـــروعية المسئولية الطبيـــة

إن المدقق في قواعد الفقه الإسلامي وأحكامه، يجد أن هناك أدلة واضحة على اعتبار المسئولية الطبية، وهذه الأدلة من السنة والإجماع والقياس.

من السنة:

حديث عمرو بن شعيب[1] عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "من تَطَبَّبَ ولَمْ يُعْلم منْهُ طِبٌّ قَبْل ذَلكَ، فَهُوَ ضَامِنٌ"[2].

فهذا الحديث الشريف يعتبر أصلاً عند أهل العلم ـ رحمهم الله ـ في تضمين المتطبب[3] الجاهل إذا عالج غيره واستضر بعلاجه[4].

وقد دل الحديث على اعتبار المسئولية الطبية التي عبر عنها بأثرها، وهو وجوب الضمان على هذا النوع ممن يدعي الطب وهو جاهل به، وهو عام شامل لمن تطبب

---

(1) هو: عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص المتوفى سنة ١١٨ من الهجرة، وقوله: عن أبيه: أي شعيب، وقوله: عن جده، أي جد شعيب، وهو عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما الصحابي الجليل، قال الحافظ النسائي ـ رحمه الله: "صح سماع عمرو من أبيه، وصح سماع شعيب من جده" أهـ. ينظر: تقريب التهذيب، للإمام الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) جـ٨، صـ٥٠، تحقيق محمد عوامة. دار ابن حزم للطباعة والنشر – بيروت. الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ – ١٩٩٩ م).

(2) أخرجه الحافظ أبو داود في: سننه، كتاب: الديات، باب: من تطبب بغير علم، جـ٤، صـ١٩٥. وقال: "لم يروه إلا الوليد بن مسلم، لا ندري هو صحيح أم لا" — والنسائي في: سننه، كتاب: القسامة، باب: صفة شبه العمد، جـ٨، صـ٥٢، ٥٣، وابن ماجه في: سننه، كتاب: الطب، باب: من تطبب ولم يعلم منه طب، جـ٢، صـ١١٤٨، والإمام علي بن عمر الدارقطني ت ٣٨٥هـ في سننه. كتاب: الحدود والديات، جـ٣، صـ١٩٥، ١٩٦، ط/ دار المحاسن للطباعة بالقاهرة، تحقيق / السيد عبدالله هاشم يماني، وصححه الحاكم في: المستدرك على الصحيحين، ووافقه الذهبي، كتاب: الطب. جـ٤، صـ٢١٢، والبيهقي ت ٤٥٨هـ في: السنن الكبرى، كتاب: القسامة، باب: ما جاء فيمن تطبب بغير علم، جـ٨، صـ١٤١.

(3) والمتطبب: هو الذي يعاني الطب ولا يعرفه معرفة جيدة؛ لكونه من باب التفعل وهو للتكلف غالباً، ينظر: لسان العرب لابن منظور، جـ٤، صـ٢٦٣٠، وتاج العروس، للزبيدي، جـ١، صـ٣٥، ط/ المطبعة الخيرية بجمالية مصر ١٣٠٦هـ، ط/ أولى، مادة: "طبٌ، والمصباح المنير، للفيومي صـ١٣٩: "طبب".

(4) الطب النبوي، لابن القيم صـ١٠٧، والطب من الكتاب والسنة، للإمام موفق الدين عبداللطيف البغدادي صـ١٨٩، تحقيق: عبدالمعطي قلعجي، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، دار المعرفة بيروت.

بجراحة أو غيرها من فروع الطب، ويدخل فيه من كان في حكم الأطباء، كالمحللين، والمرضين، والمخدرين، والمصورين بالأشعة والمناظير[١].

وقد قال ابن القيم الجوزية في كتابه الطب النبوي: وقوله ﷺ : " من تَطَبَّبَ " ولم يقل من طبّ لأن لفظ التفعيل يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسرة وكلفة، وأنه ليس من أهله كتعلم وتشجع وتصبر ونظائرها [٢].

ولقد لخص الإمام ابن رشد الحكم الفقهي المتعلق بالمسئولية الطبية فقال: "وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس، والدية على العاقلة[٣] فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث، وإن لم يكن من أهل المعرفة، فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله، وقيل على العاقلة"[٤].

والمقصود أن هذا الحديث الشريف دل على اعتبار المسئولية التي عبر عنها بأثرها وهو الضمان، وأن الدلالة شاملة لمن تطبب وكان جاهلاً بالطب كلية أو كان جاهلاً بالجزئية التي تطبب فيها[٥]، وأنه يلحق بالأطباء المرضين، والمحللين، وناقلي الدم، والمخدرين، والمصورين بالأشعة والمناظير الطبية[٦].

---

(١) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي صـ٣٠٣ .
(٢) الطب النبوي، لابن القيم ، صـ١٠٩.
(٣) المقصود بالعاقلة : لغة: من العقل، وهو الحِجْر والنُّهى، (مختار الصحاح للرازي، صـ ٤٤٦، مادة (ع ق ل))، ومنها قوله تعالى: (هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ) (سورة الفجر، آية (٥))، وسمي العقل حجرًا لأنه يمنع عن الوقوع فيما لا ينبغي، (تفسير الرازي (التفسير الكبير). لأبي بكر محمد بن عمر المعروف بفخر الدين الرازي (ت ٥٤٣ هـ). دار إحياء التراث العربي-بيروت، جـ٣١، صـ١٥٨) والعاقلة: هم العصبة، وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية قتل الخطأ ، لسان العرب لابن منظور جـ١٣، صـ٤٨٧، باب العين.
وفي الاصطلاح: لم يخرج تعريف الفقهاء عن المفهوم اللغوي حيث عرفوا العاقلة بأنها: هي العصبة من النسب أو الولاء أو أهل الديوان، أو بيت المال، ينظر: المدونة الكبرى، جـ٦، صـ٤١٩، وحاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٢٦٠، والتاج والإكليل، جـ٣، صـ٧٣١، ومغني المحتاج، جـ٤، صـ١٠٠، والإنصاف للمرداوي، جـ١٠، صـ١٠٥، وعصبة الطبيب هم: من يلزمون بالدية من عصبة أو أقارب أو عشيرة الطبيب الذي تسبب في الضرر، ينظر: الضمان، للشيخ / علي الخفيف، جـ٢، صـ١٧٧ .
(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، جـ٢، صـ١٨٨.
(٥) الطب النبوي والعلم الحديث، د/ ناظم النسيمي ، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م، جـ٣، صـ ٣٩٦.
(٦) أحكام الجراحة الطبية ،د/ محمد الشنقيطي صـ٣٠٣ .

الإجماع

أجمع الفقهاء على تضمين الجهلة والمقصرين من الأطباء لما جنت أيديهم[1]، وقد جاء إجماعهم على هذا مستنداً لحديث رسول الله ﷺ: "من تَطَبَّبَ ولَمْ يُعْلم منْهُ طِبٌ قَبْل ذَلكَ، فَهُوَ ضَامِنٌ".

قال الإمام الشوكاني معلقاً على هذا الحديث : " فيه دليل على أن متعاطي الطب يضمن لما حصل من الجناية بسبب علاجه وأما من علم منه أنه طبيب فلا ضمان عليه وهو من يعرف العلة ودواءها وله مشايخ في هذه الصناعة شهدوا له بالحذق فيها وأجازوا له المباشرة "[2].

ولقد حكى هذا الإجماع غير واحد من الفقهاء والعلماء، كالإمام الخطابي[3] — رحمه الله — فقد قال: " لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً .

---

(١) وفي هذا : يقول الإمام ابن غانم الحنفي — رحمه الله — : " يَدْعِي عِلْمَ الطب ضمن بخطئه وزيادته.. " ينظر: مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان " صـ٤٨، ط/ دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة عن الطبعة الأولى ١٣٠٨هـ.

ويقول الإمام أحمد بن غنيم النفراوي المالكي — رحمه الله — : " وكذا لا بأس بارتكاب (التَّعَالُج)... ولكن لا يكون ذلك إلا من العالم بأنواع الأمراض ، وما يناسب كل مرض لئلا يكون ضرره أكثر من نفعه ولذلك قالوا : إن عالج العالم بالطب المريض ومات من مرضه لا شيء عليه ، بخلاف الجاهل أو المقصر فإنه يضمن ما نشأ عن فعله ، ويجوز التعالج بكل ما يراه العالم بالطب نافعا ومناسبا لصاحب المرض من الأسماء "، ينظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، جـ٢، صـ٣٣٩، ط/ دار الفكر. بيروت، لبنان ١٤٢٠هـ.

ويقول الشيخ قليوبي الشافعي — رحمه الله — : " شرط الطبيب أن يكون ماهرا ، بمعنى أن يكون خطؤه نادرا ، وإن لم يكن ماهرا في العلم فيما يظهر فتكفي التجربة ، وإن لم يكن كذلك لم يصح العقد ويضمن ويرجع عليه بما أخذه من أجرة وغيرها "، ينظر: حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد بن أحمد القليوبي ت١٠٦٩هـ على شرح جلال الدين المحلي، جـ٣، صـ٧٨.

ويقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي — رحمه الله — : " ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا نزاع ولا طبيب إذا علم منهم حذق ولم تجن أيديهم، وجملة ذلك أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين (أحدهما) أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم لأنه إذا لم يكن كذلك لم تحل له مباشرة القطع فإذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فضمن سرايته كالقطع ابتداء، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم " من تطبب بغير علم فهو ضامن " ، ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، جـ٧، صـ٤٧٤، ٤٧٥، ط/ دار الحديث بالقاهرة ، طبعة أولى ١٤١٦هـ-١٩٩٦م ، تحقيق د/ محمد شرف الدين خطاب وآخرون.

(٢) نيل الأوطار ، للشوكاني، جـ٥، صـ٣٣٣.

(٣) هو: الإمام أبو سليمان أحمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب الخطابي البستي ينتهي نسبه إلى زيد بن الخطاب أخي عمر بن الخطاب ﷺ ، ولد —رحمه الله— بِبُسْتَ سنة ٣١٩هـ، ونبغ في الحديث والفقه واللغة والأدب، توفى —رحمه الله—، بِبُسْتَ سنة ٣٨٨هـ، وله مصنفات منها، معالم السنن في شرح سنن

#

والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدٍ، فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود؛ لأنه لا يستبد بذلك بدون إذن المريض ، وجناية الطبيب في قول عامة الفقهاء على عاقلته "[1].

والإمام ابن رشد — رحمه الله —فقد قال : " ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد"[2].

وقد علل ابن القيم — رحمه الله — وجوب الضمان على الطبيب الجاهل بأنه : " إذا تعاطى علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة : فقد هجم على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غرر[3] بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك "[4].

القياس:

أ ـ يضمن الطبيب الجاهل ما أتلفته يداه، كما يضمن الجاني سراية جنايته؛ بجامع كون كل منهما سراية جرح لم يجز الإقدام عليها[5].

ب ـ يضمن الطبيب المتعدي ما أتلفت يداه، كما يضمن الجاني سراية جنايته؛ بجامع كون كل منهما فعلاً محرماً[6].

أبي داود، وغريب الحديث، وأعلام الحديث، ينظر: معجم المؤلفين لعمر كحالة، جـ٢، صـ٦١، وسير أعلام النبلاء، جـ١٧، صـ ٢٣— ٢٧.

(١) معالم السنن — وهو شرح سنن أبي داود — .للإمام الحافظ أبي سليمان أحمد بن محمد الخطابي، ط/ المكتبة العلمية، بيروت ، لبنان ، الثانية ١٤٠١هـ — ١٩٨١م، جـ٤، صـ٣٩.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، جـ٢، صـ٤١٨، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ط/عاشرة ١٤٠٨هـ—١٩٨٨م.

(٣) غرر: أي خاطر، والغرر الخطر، ينظر: المصباح المنير للفيومي، جـ٢، صـ٤٤٥ .

(٤) الطب النبوي، لابن القيم صـ ١١٦ .

(٥) أشار إلى أصل هذا القياس الإمام ابن القيم ـ رحمه الله ـ عند بيانه لتضمين الخاتن الجاهل بقوله: "فإن لم يكن من أهل العلم بصناعته، ولم يعرف بالحذق فيها، فإنه يضمنها؛ لأنها سراية جرح لم يجز الإقدام عليها، فهي كسراية الجناية، وقد اتفق الناس على أن سراية الجناية مضمونة"، ينظر: تحفة المودود، لابن القيم صـ١٥٢، ١٥٣.

(٦) أشار إلى أصل هذا القياس ابن قدامة ـ رحمه الله ـ وذلك عند بيانه لسبب تضمين الطبيب الجاهل وغيره من أرباب الصنائع؛ كالحجام الجاهل فقال ـ رحمه الله ـ: "... أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم، ولهم بصارة ومعرفة؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن سرايته كالقطع ابتداء" أهـ ينظر: المغني والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢٠.

العقل:

إن الشريعة الإسلامية راعت العدل بين العباد، ودفع الظلم عنهم والمسئولية الطبية عن الجراحة الطبية معينة على تحقيق ذلك؛ فوجب اعتبارها[1].

وبهذه الأدلة من السنة والإجماع والعقل، يتبين لنا ثبوت المسئولية عن الجراحة الطبية واعتبار الشريعة الإسلامية لها، إذ يقول ابن حزم «فلا يحل إلزام أحد غرامة مال بغير نص أو إجماع وما لم يتيقن أن هذا الإنسان جناه بعمد أو بخطأ فلا شئ عليه»[2]، وبالتالي فمتى ثبت التقصير من جانب الطبيب الجراح فإنه تقوم مسئوليته ويلحق بالطبيب جميع العاملين في الحقل الطبي من ممرضين، ومحللين، وأخصائيين للأشعة والمناظير الطبية ، ومخدرين، وغيرهم ممن لهم علاقة بعلاج المريض.

(١) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي صـ٣٠٥ .
(٢) المحلى، لابن حزم جـ١١صـ٨١.

المطلب الثالث

جوانب المسـئولية الطبيـة

في الفقـه الإسـلامي

إن أهم ما يميز المسئولية الطبية في الفقه الإسلامي أنها تنبع من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية والتي تقيم إلى جانب قيام المسئولية المدنية (الضمان) مسئولية أخرى ذاتية قوامها التزام أوامر الله سبحانه وتعالى، والتحلي بالأخلاق والآداب الإسلامية السامية، ولذا فإن للمسئولية الطبية في الفقه الإسلامي جانبين:

أحدهما: يتعلق بالآداب والأخلاق، وهو جانب السلوك.

والثاني: يتعلق بالأعمال، والطريقة التي تم بها أداؤها وهو جانب العمل، وعلى هذا فإن المسئولية عن الجراحة الطبية تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: المسئولية الأخلاقية (الأدبية).

القسم الثاني: المسئولية المهنية (العملية).

فأما القسم الأول: فقد إعتنى الفقه الإسلامي عناية كبيرة بجانب الآداب، والأخلاق، فجاءت نصوص الكتاب والسنة داعية للتحلي بها، والتزامها، ووعدت من فعل ذلك بالأجر والثواب الجزيل، كما أنها حذرت من مخالفتها، والتخلق برذائلها المحرمة، وتوعدت من فعل ذلك بأليم العذاب، وشديد العقاب[1].

والجراحة الطبية كغيرها من مهام الطب مفتقرة إلى هذه الشخصية للمحافظة على هذه الآداب والأخلاق الحميدة، التي تعين على الوصول للأهداف المقصودة من مهمة

---

(١) يشهد لذلك آيات كثيرة من القرآن الكريم، منها قوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَكُونُواْ مَعَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿١١٩﴾﴾ (التوبة آية ١١٩)، وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ (المائدة من آية ١)، وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَسۡخَرۡ قَوۡمٞ مِّن قَوۡمٍ عَسَىٰٓ أَن يَكُونُواْ خَيۡرٗا مِّنۡهُمۡ...﴾ (الحجرات من آية١١)، وفي الصحيح من حديث أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال لها: "...وَإِيَّاكِ وَالْعُنْفَ وَالْفُحْشَ" رواه البخاري في: صحيحه، كتاب: الأدب، باب: لم يكن النبي -ﷺ- فاحشا ولا متفحشا، رقم ٥٥٧٠، جـ٤، صـ٥٥، وفي رواية له ﷺ: "إِنَّ شَرَّ النَّاسِ عِنْدَ اللهِ مَنْزِلَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَنْ تَرَكَهُ النَّاسُ اتِّقَاءَ شَرِّهِ"، صحيح البخاري، الكتاب والباب السابقين، رقم ٥٥٧٢، جـ٤، صـ٦٥ والآيات والأحاديث في هذا المعنى كثيرة.

الجراحة[1]، لكن هناك من يخرج على هذه الأخلاق وينحرف عن الطريق السليم فيستغل بذلك هذه المهنة النبيلة التي قصد منها تخفيف الآلام، ودفع الأمراض والأسقام عن الأرواح والأجسام؛ لكي تصبح على العكس من ذلك، فيحمله الطمع على أن يجري جراحة للمريض دون حاجة أو مع علمه بعدم نفعها أو جديتها وهنا يكون قد خالف ما تقتضيه المهنة من صدق وعدالة، ويمكن لنا أن نوضح جملة ما ينبغي على الطبيب أن يلتزم به من الأخلاق والآداب عند قيامه بالجراحة الطبية[2] والتي تنحصر فيما يلي:

أولاً: الصدق: فأول ما يجب أن يتحلى به الطبيب هو الصدق حتى يبين للمريض وأهله الحقيقية كاملة ويطلعهم على الحالة بكل صدق، وهذا ما تقضي به أحكام الفقه الإسلامي والتي دلت نصوص الكتاب والسنة فيها على وجوب التزام المسلم بالصدق، قال تعالى: (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَكُونُواْ مَعَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿١١٩﴾) (التوبة: آية ١١٩)، فهذا أمر من المولى عز وجل لعباده بأن يلتزموا بالصدق وليس هناك مجال للصدق أفضل من إعماله في المجال الطبي.

وفي الصحيح من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "عَلَيْكُم بالصِّدْق؛ فإن الصدقَ يهدي إلى البرِّ، وإن البرَّ يهدي إلى الجنَّة، وما يزالَ الرجل يصْدُقُ وَيَتَحَرَى الصدق حتى يُكْتبَ عند الله صدِّيقًا، وإياكم والكَذبَ؛ فإن الكذبَ يهدي إلى الفُجُور، وإن الفجورَ يهدي إلى النَار، وما يَزَالُ الرجلُ يكذِبُ ويتحَرَّى الكذبَ حتى يُكْتب عند الله كذاباً"[3].

فقد تضمن هذا الحديث وجوب الصدق، وذلك في قوله ﷺ : "عَلَيْكُم بالصِّدْق"، كما دل على حرمة الكذب، وذلك في قوله ﷺ: "وإياكم والكَذبَ" "فعليكم" صيغة إلزام، و"إياكم" صيغة تحذير، والأولى دالة على وجوب التزام الصدق، والثانية دالة على حرمة الكذب، فيحرم على الأطباء ومساعديهم أن يخبروا المريض بما يخالف الحقيقة والواقع، وهذا ما أكدته قوانين الطب المنظمة لسلوك الأطباء ومساعديهم حيث نصت على أنه: لا

(١) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي صـ٣١٠ .
(٢) راجع هذه الآداب في : المرجع السابق، صـ٣١١ وما بعدها.
(٣) صحيح مسلم، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: قبح الكذب وحسن الصدق وفضله، رقم: (٢٧٤١)، جـ٤، صـ١٩٦.

يجوز للطبيب أن يبالغ في حقيقة المرض، بل يجب عليه أن يحيط مريضه بحقيقة دائه ودرجة خطورته[1].

وهذا يتفق مع ما اعتبرته الشريعة الإسلامية من وجوب التزام الأطباء، ومساعديهم بالصدق كما سبق بيانه، أما إذا كانت حالة المريض حرجة ومصاب بمرض خطير ويخشى عليه إذا تم إخباره بالحقيقة أن تزداد حالته سوءاً كما لو قام الطبيب بفحص المريض فوجده مصاباً بمرض السرطان، فهل يجب عليه أن يصدقه فيخبره بالواقع مع أن ذلك قد يضر المريض نفسيًّا، فتزداد حالته سوءاً؟، أم أنه يجوز له أن يكذب؛ مراعاة لهذه الظروف الحرجة، ويعتبر ذلك مستثنى من الأصل لمكان الحاجة؟، فقد رجح البعض[2] أنه لا يجوز للأطباء ومساعديهم أن يكذبوا على المريض في هذه الحالة وأمثالها.

ولكن ما يترجح في نظري– والله أعلم– أنه في هذه الحالة يجوز للطبيب أن يخفي عن المريض بعض الأمور التي يرى أنه من مصلحته عدم علمه بها، لأن الطبيب هو الأقدر على معرفة ما يفيد المريض مما يضره، فالعامل النفسي عليه جزء كبير من العلاج[3].

ثانياً: الوفاء بالمواعيد: وينتج هذا الالتزام أثره في كثير من الأمور الخاصة بحاجة المريض إلى مراجعة الطبيب في مواعيد دورية ومنتظمة لإجراء الفحوصات والتحاليل والعلاج اللازم وهذه المواعيد محترمة شرعاً، فيجب على الأطباء ألا يقدموا على مواعدة المرضى إلا بعد تحققهم أو غلبة ظنهم بالوفاء بها، فقد ثبت في الصحيح من حديث أبي هريرة رضي

---

(1) سلوكيات وآداب وقوانين مزاولة مهنة الطب، وكيف يتصرف الطبيب عند اتهامه، لمصطفى عبد اللطيف، وهاني أحمد جمال الدين صـ١١، دار الهلال للطباعة والتجارة بمصر، ١٩٨٤م، وهذا ما أكدته المادة ٢١ من لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م حيث نصت أنه "على الطبيب أن يوفر لمريضه المعلومات المتعلقة بحالته المرضية بطريقة مبسطة ومفهومة...".

(2) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي حيث إستند إلى عدة أدلة منها: أولاً: عموم الأدلة الدالة على تحريم الكذب، ثانياً: أن إخبار المريض بحقيقة أمره في هذه الحالة تترتب عليها مصالح شرعية؛ إذ يمكنه ذلك من الاحتياط لنفسه بالوصية بحقوق الآخرين، وتحصيل الأجر بالاستعداد بخصال الخير من ذكر وصدقة ونحو ذلك من وجوه الطاعة والبر. ثالثاً: أن الطبيب إذا خشي على المريض الضرر فيما لو أخبره، فإنه يقوم بإخبار وليه أو قريبه؛ لكي يقوم بإخبار المريض بطريقة مناسبة يخف لها وقع الخبر على نفسه، صـ٣١٣.

(3) وهذا ما قررته المادة ٢١ من لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م حيث نصت على "ويجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم إطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة وفي هذه الحالة عليه إن ينهي إلى أهل المريض بطريقة إنسانية لائقة خطورة المرض وعواقبه الخطيرة إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته أو حدد أشخاصاً معينين لإطلاعهم عليها ولم تكن هناك خطورة على من حوله".

الله عنه أن رسول الله -ﷺ- قال: "آيةُ المنافق ثَلاَثٌ: إذا حَدَّثَ كَذَبَ، وإذا وَعَد أَخْلف، وإذا اؤْتُمِنَ خَانَ"[1].

ولذا فإنه يجب على الأطباء والمساعدين الوفاء بالمواعيد، والقيام بالمهمات التي التزموا بها للمرضى، ولا يجوز لهم شرعاً أن يقدموا على تأخير تلك المواعيد، والعبث بها حسب أهوائهم اللهم إلا إذا وجد عذراً يعتبر شرعاً مجيزاً للتخلف عن أداء هذه الالتزامات في المواعيد المحددة، فهنا يجوز تأخيرها بحسب الحاجة دون زيادة عليها أو نقص[2] للقاعدة الشرعية: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"[3]، ومن أمثلة ذلك: ما يجري في بعض الأحيان من مواعدة المرضى لإجراء الفحص أو العلاج، ثم يشاء الله تعالى فتطرأ حالة اضطرارية تحتاج إلى إسعاف عاجل لإنقاذ مريض يخشى موته، أو تلف عضو من أعضائه، أو حصول مضاعفات خطيرة تضره مستقبلاً، وهنا يتم الترجيح بين المفاسد، فإذا كانت المفاسد المترتبة على تأخير الحالة الطارئة أعظم، قُدِّم إنقاذها على الحالة السابقة[4]؛ للقاعدة الشرعية: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"[5]، وذلك طالما أنه لا يوجد طبيب آخر يمكن أن يحل محل الطبيب صاحب الوعد، وإلا ما جاز له الإخلال بوعده، وفي جميع الأحوال على الطبيب أن يخبر المريض في حالة ما إذا طرأ عليه ما يعطله لكي يكفيه مشقة الحضور دون جدوى.

ثالثاً: الوفاء بالعقود: الأصل في العلاقة بين الطبيب والمريض أنها علاقة تعاقدية، إذ يلجاء المريض إلى الطبيب لكي يوقع عليه الكشف الطبي، وهنا ينشأ عقد قوامه التزام الطبيب بالكشف على المريض، أو إجراء الجراحة له مقابل الحصول على

---

(1) صحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: خصال المنافق، رقم (٨٩)، جـ١، صـ٣٦.

(2) وهذا ما قررته المادة ٢٤ من لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م، حيث نصت: "في الحالات غير العاجلة يجوز للطبيب الاعتذار عن علاج مريض ابتداءً أو في أي مرحلة لأسباب شخصية او متعلقة بالمهنة، أما في الحالات العاجلة فلا يجوز للطبيب الاعتذار".

(3) الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٨٤، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ٨٦ .

(4) يختص الحكم بتقديم الحالة الطارئة علي الحالة السابقة بهذه الحالة، وهي أن يكون الضرر المترتب على تأخيرها أعظم من الضرر المترتب على تأخير الحالة السابقة، أما لو كان الحال بالعكس فإنه ينبغي على الطبيب البقاء على موعده، وهكذا لو تساوى الضرران؛ لأنهما إذا تساويا في الضرر كان للحالة السابقة حق زائد وهو الموعد المسبق فوجب تقديمها؛ لاشتمال ذلك التقديم على أمرين، أحدهما: دفع الضرر المذكور، والثاني: الوفاء بالوعد، وأما الحالة الطارئة فليس لها إلا حق دفع الضرر الذي لا يقوى على معارضة الأمرين، ينظر ، أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي، صـ٣١٤.

(5) الأشباه والنظائر، للسيوطي،صـ٨٧، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ٨٩.

أتعابه، كما يقوم الأطباء ومساعدوهم في بعض الأحيان بالتعاقد مع المرضى للقيام بتوفير المهمات الطبية اللازمة لعلاجهم[1]، وهذه العقود يجب عليهم الوفاء بها، وأداؤها على الوجه المطلوب؛ لأنها داخلة في عموم ما أمر الله تبارك وتعالى بالوفاء به في العقود في قوله سبحانه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ (المائدة من الآية ١).

وقد ذهب البعض إلى أن الطبيب إذا اتفق مع المريض ثم امتنع عن معالجته حتى مات فإنه يعتبر قاتلاً متعمداً إذا كان امتناعه على وجه العمد، أو لأسباب واهية وثبت القصد في الامتناع[2]، وهذا القول ليس بمسلم به على إطلاقه من الناحية الشرعية، فامتناع الطبيب عن المداواة إذا كان لأسباب واهية فإنه يعتبر وجودها شبهة موجبة لدرء الحد[3] عنه خاصة إذا تأول فيها فظن أنها مقنعة في نظره، ولو لم تكن في الحقيقة مقنعة، فبظنه كونها مقنعة ينتفي فيه قصد العمد.

رابعاً: النصيحة للمرضى: والحقيقة أن النصيحة أحب ما تكون في حالة المريض، فهي جزء لا يتجزأ من العلاج، فإذا كان من حق المسلم على أخيه المسلم أن ينصح له، فيرشده إلى أصلح الأمور، وخير حاله في الدنيا والآخرة، امتثالا لقول النبي ﷺ: "الدِّينُ النَّصِيحَةُ قُلْنَا لِمَنْ قَالَ لِلَّهِ وَلِكِتَابِهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِأَئِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ"[4]، فالنصيحة للمريض من قبل طبيبه أولى وأجزل ثواباً، ولا سيما وأن المرضى كما هو معلوم يجهلون حقائق المهمات الطبية، والآثار المترتبة عليها، فهم محتاجون لنصح الأطباء، ومساعديهم، وتوجيهاتهم، وإرشاداتهم[5].

---

(1) كما في حالة التزام طبيب الأسنان بتوفير الأسنان الطبية المناسبة للمريض، أو التزام طبيب التخدير بتوفير المخدر المناسب، ونوعيته، وغير ذلك من الأمور الطبية.

(2) السلوك المهني للأطباء، د/ راجي عباس التكريتي، صـ١٥١، دار الأندلس للطباعة والنشر، ط الثانية ١٤٠٢هـ.

(3) أجمع أهل العلم ـ رحمهم الله ـ على درء الحدود بالشبهات، ينظر: الإجماع لابن المنذر، صـ٦٩.

(4) صحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: بيان أن الدين النصيحة، رقم (٨٢)، جـ١، صـ٣٤.

(5) وهذا ما أكدته المادة ١٤ من لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م، حيث نصت: "على الطبيب أن يغتنم كل مناسبة للقيام بالتثقيف الصحي لمريضه وتعريفه بأنماط الحياة الصحية"، والمادة ٢٧ من نفس اللائحة حيث نصت: "على الطبيب أن ينبه المريض ومرافقيه إلى اتخاذ أسباب الوقاية ويرشدهم إليها ويحذرهم مما يمكن أن يترتب على عدم مراعاتها....".

وقد ثبت في الصحيحين من حديث جابر بن عبد الله ﷺ أنه قال: " بَايَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى إِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ وَالنُّصْحِ لِكُلِّ مُسْلِمٍ"[1].

وبالتالي فإن الواجب على الأطباء ومساعديهم القيام بواجب النصح للمرضى، فإذا ما خالف الطبيب أو مساعديه هذا الواجب، فإن ذلك يعتبر تقصيراً منهم في واجب النصح، وظلماً للمرضى وهم آثمون بفعله شرعاً، ومتحملون للمسئولية من الناحية الدينية[2].

خامساً: حفظ عورة المريض: أجمع أهل العلم – رحمهم الله – على وجوب ستر العورة عن أعين الناس[3]، وذلك لما ورد من الأدلة الشرعية على وجوب حفظ العورات وستر السوءات، وعدم النظر إليها بدون حاجة داعية إلى النظر[4].

وبالتالي فإنه يقع على عاتق الأطباء ومساعديهم شرعاً الالتزام بحفظ العورة، فلا يجوز أن يقوموا بمطالبة المرضى رجالاً كانوا، أو نساءاً بالكشف عنها، إلا إذا دعت الحاجة إلى ذلك الكشف بحيث يتعذر الفحص الطبي، والعلاج بدون الإطلاع على العورة، يقول السرخسي –رحمه الله–: "ولكن مع هذا إذا جاء العذر فلا بأس بالنظر إلى

---

(1) صحيح البخاري كتاب: الإيمان ، باب: الدين النصيحة لله ورسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم، رقم (٥٥)، جـ١ ، صـ٢٠، ٢١، وصحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: بيان أن الدين النصيحة، جـ١ ، صـ٣٤.

(2) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ٣١٧.

(3) وقد نقل ابن رشد الإجماع على ذلك بقوله " اتفق العلماء على أن ستر العورة فرض بإطلاق "، ينظر: بداية المجتهد ، لابن رشد ، جـ١ ، صـ٩٤، وجاء في مواهب الجليل للحطاب أن: " ستر العورة واجب وكشفها محرم اتفاقا "، جـ٢، صـ٦٣ ، وينظر نفس المعنى: قوانين الأحكام الشرعية، لابن جزي ، صـ٦٩ ، وجاء في المبسوط للسرخسي أن: " ستر العورة واجب على كل حال " جـ١٢، صـ٣٧٦، وفي المجموع للنووي، " ستر العورة واجب"، جـ٣، صـ١٦٥، وجاء في الشرح الكبير لابن قدامه أن: "ستر العورة آكد من إزالة النجاسة لتعلق حق الآدمي به في ستر عورته " جـ١، صـ٤٦٥.

(4) قال الله تعالى: (قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ ﴿٣٠﴾ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ....) "سورة النور آية ٣٠، ٣١" ، وفي الصحيح عنه ﷺ من حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: "لا ينظر الرجلُ إلى عورةِ الرجل، ولا المرأةُ إلى عَوْرةِ المرأةِ..."، صحيح مسلم ، كتاب: الحيض، باب: تحريم النظر إلى العورات، رقم (٥١٢) جـ٢، صـ٢٣٧.

العورة لأجل الضرورة"[1] على أن يكون ذلك بمقدار الحاجة ، إذ إن الضرورة تقدر بقدرها[2].

فإن أخل الأطباء بهذا الواجب وطالبوا المريض بالكشف عن موضع العورة مع إمكان فحصه ومداواته بطريقة أو وسيلة لا تشتمل على كشف عورته، أو طالبوه بالكشف عنها بدون وجود حاجة داعية إليه أصلاً، فإنهم يتحملون المسئولية عن الإخلال بهذا الأدب، والإقدام على انتهاك حرمة المريض باستباحة النظر إلى عورته وكشفها بدون حق، وكان للقاضي أن يحكم بتعزيرهم[3].

---

(1) المبسوط للسرخسي جـ١٢، صـ٣٧٧ .

(2) الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٨٤، والأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٨٦ .

(3) التعزير في اللغة: التأديب والإهانة، ومنه التعزير الذي هو الضرب دون الحد، وهو أيضاً التوقير والتعظيم، ومنه قول الله ـ ﷻ ـ : ﴿ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ ﴾ (الفتح: من الآية ٩)، فهو من أسماء الأضداد.

ينظر: المفردات في غريب القرآن، للإمام أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ت٥٠٢هـ، ط/ دار المعرفة، بيروت، لبنان، الثانية ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، تحقيق/ محمد خليل عيتاني، صـ٣٣٦، ٣٣٧، ومختار الصحاح، صـ٤٢٩، والمصباح المنير، صـ١٥٥،والقاموس المحيط جـ٢، صـ٨٦، ٨٧.

والتعزير في الشرع: عرفه الفقهاء بتعريفات عديدة متقاربة: فهو لا يخرج عندهم عن كونه: تأديب وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ، أو هو التأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة، فهو تأديب دون الحد .

وذلك كما في سرقة ما دون النصاب، أو السرقة من غير حرز، أو القذف بغير الزنا ، أو الغصب، أو الاختلاس، أو الاستمتاع الذي لا يوجب الحد .

ينظر: حاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٤، صـ٦٤، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام " لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٠٠-٢٠٢، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان- " الأحكام السلطانية، للماوردي، صـ٢٤٣، ومغني المحتاج للشربيني، جـ٢، صـ١٩١، والمهذب للشيرازي، جـ٢، صـ٣٦٩، والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي، جـ١٢، صـ٤٦٧، ٤٦٨ .

الفرق بين التعزير والحد :

يوافق التعزير الحدود من وجه أنه تأديب استصلاح وزجر، ويختلف عنه من وجوه ، منها :

١- أن الحد مقدر ، والتعزير مفوض إلى رأي الإمام.
٢- أن الحد يدرأ بالشبهات ، والتعزير يجب معها.
٣- أن الحد لا يجب على الصبي ، والتعزير شرع عليه.
٤- أن الرجوع يعمل في الحد لا في التعزير.
٥- أن الحد لا تجوز الشفاعة فيه، وليس للإمام تركه، خلافاً للتعزير فتجوز الشفاعة فيه، وكذا العفو إلا إذا تعلق به حق لآدمي، فعلى ولي الأمر أن يستوفي لصاحب الحق حقه، كالمشتوم والمضروب فإنه يستوفي له حقه من الضارب والشاتم.
٦- أن التعزير يختلف باختلاف الناس، فتعزير ذوي الهيئات أخف ويستوون في الحد.
٧- أن التالف بالتعزير مضمون عند الشافعي خلافاً للأئمة الثلاثة لا يجب ضمانه.

ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني، جـ٢، صـ١١٧، ١١٨، طبعة الحلبي، وحاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٤، صـ٦٤، والأحكام السلطانية للماوردي، صـ٢٤٣، ط/ دار ابن خلدون بالإسكندرية، والمهذب للشيرازي، جـ٢، صـ٣٦٩، ٣٧٠، ومغني المحتاج للشربيني، جـ٢، صـ١٩١.

وأما القسم الثاني:

فإنه يسأل فيه الطبيب ومساعدوه عن القضايا المتعلقة بأعمالهم الطبية، وما ترتب عليها من أضرار ومن أمثلته: قضايا الخطأ الطبي سواء كان واقعاً من الطبيب الفاحص أو الطبيب الجراح، أو من المساعدين لهما، أو كان مشتركاً من الجميع؛ فيتهم هؤلاء مثلاً بكونهم خرجوا في أثناء قيامهم بمهامهم عن الأصول المتبعة عند أهل الاختصاص، فنتج عن خروجهم الضرر الموجود في جسم المريض المدعي.

فهذه القضايا وأمثالها، تجب فيها مساءلة الأطباء ومساعديهم عن صحة الدعوى، ومتى ثبت ذلك في حقهم قامت مسئوليتهم، وقد ذهب البعض[1] إلى أن الجراح، أو الطبيب بصفة عامة، لا يسأل إلا عن الخطأ الفاحش وهو الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر[2]، فإن فعل الطبيب ما لا يفعله مثله من أهل صنعته، وكان عالمًا بهذا فهو ضامن لتجاوزه حدود عمله المتعارف عليه عند أهل المهنة، أما إذا كان فعل الطبيب هو ما يفعله مثله من أهل العلم بصناعة الطب، فلا ضمان عليه وإن ارتكب خطأ يسيرًا، وهو الذي يمكن أن يقع فيه طبيب من نفس مستواه[3] ولقد روعي في هذا الرأي، طبيعة مهنة الطب وما تقوم عليه من الاحتمال، والواقع أن الطبيب الذي يفعل ما يفعله طبيب وسط من نفس مستواه وفي نفس ظروفه، لا يصح وصف سلوكه بالخطأ، لأن الفعل يكون حينئذ على وفق الرسم المعتاد أي موافق للقواعد الفنية بحسب ما وصلت إليه عند أهل الصنعة في مهنة الطب[4]، وإذا كان هناك خطأ فهو خطأ يرجع إلى مهنة الطب وما

---

(١) حاشية الطهطاوي على الدر المختار، للشيخ أحمد بن محمد الطهطاوي، جـ٤، صـ١٧٦، المطبعة العامرة، القاهرة، ١٢٧٣هـ، الخطأ الطبي، د/عبدالسلام التونجي، تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولي عن المسؤولية الطبية ، جامعة قاريونس، بنغازي (٢٣- ٢٨/١٠/١٩٧٨م) صـ٨، ٩.

(٢) الخطأ الطبي، د/عبدالسلام التونجي، صـ١٠، وقريب من هذا ما كان يذهب إليه بعض فقهاء القانون الوضعي من أن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه المهني الجسيم ولكن الاتجاه السائد الآن لا يفرق في مسئولية الطبيب بين خطئه المهني وخطئه العادي وبين خطئه الجسيم وخطئه اليسير. ينظر في ذلك: الخطأ الطبي في نطاق المسئولية المدنية، محمد هاشم القاسم، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت مارس ١٩٧٩م، صـ١١.

(٣) الخطأ الطبي، د/عبدالسلام التونجي، صـ١١، ويرى أن خطأ الطبيب ينتفي كلية إذا كان عمله فيه نفع للمريض وأداه بقصد حسن.

(٤) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، صـ٥٤.

يتصل بها بسبب قصورها وعنصر الاحتمال اللصيق بها[1] وسوف نوضح ذلك عند الحديث عن أركان المسئولية في الفقه الإسلامي وبالأخص ركن التعدي (الخطأ) على نحو ما سنرى إنشاء الله تعالى.

---

(١) ينظر مثالاً على ذلك ما جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤، صـ٢٥، ٢٧، حيث ورد أنـه: " إذا خَتَنَ الخَاتِنُ صَبيا أو سقى الطبيب مريضا دواء أو قطع له شيئا أو كواه فمات من ذلك فلا ضمان علىَ واحد منهما لا في ماله ، ولا على عاقلته؛ لأنه مما فيه تغرير (أي احتمال مما لا يمكن الاحتراز عنه) فكأن صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه ، وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة ، ولم يخطئ في فعلهِ".

المطلب الرابع

طبيعة التزام الطبيب فى الفقه الإسلامى

إن مسئولية الطبيب في الفقه الإسلامي هي في أساسها مسئولية عقدية، تخضع فيها العلاقة بين الطبيب والمريض للقواعد العامة للإجارة[1] على الأعمال وهي السائدة في كل المهن التي يلتزم فيها صاحب المهنة بأداء منفعة للمتعاقد محدودة بإنجاز معين مع تمكنه من تلقي مهام أخري، والأصل في تقدير التعامل مع الطبيب أن يكون على مدة معينة أو أن يكون على القيام بأعمال علاجية معينة، ويستحق الأجر بإنجاز ذلك ولو لم يبرأ المريض، وهذا ما يُدعى في الاصطلاح القانوني " بذل العناية" وفى هذه الحالة احتمالات لها حلولها التي تختلف فيها أنظار الفقهاء مثل حصول البرء أثناء المدة أو حصول الوفاة أو امتناع المريض من مواصلة العلاج، على أنه قد يشترط في هذا التعاقد بالإضافة إلى بذل العناية تحقيق غاية وهي الشفاء من المرض (البرء) والفقهاء مختلفون في الحكم على هذا التعاقد ، فمنهم من يرى أن التزام الطبيب هو ببذل عناية فقط وليس تحقيق نتيجة ومنهم من يرى أنه التزام بالسلامة وسوف نعرض لكل من الاتجاهين بشئ من التفصيل المناسب على النحو التالي:

---

(١) والإجارة في اللغة: هي من الأجر وهو الثواب والجزاء على الأعمال والأجرة الكراء وهو ما أعطى من الأجر للأجير فتقول استأجرت الرجل فهو يأخذني ويصير أجيرى وتقول : آجرته الدار ، أى أكريتها، ينظر: مختار الصحاح للإمام محمد بن أبى بكر الرازى ، ص٦ مادة أجر ، المصباح المنير ، للفيومي ، صـ٩ مادة أجر ، لسان العرب، لابن منظور ، جـ٤ /١٠ / مادة أجر .

وفي الاصطلاح :

عرفها الحنفية بأنها: " عقد على المنافع بعوض " ينظر: الهداية ، شرح بداية المبتدى ، للمرغينانى جـ٣، صـ٢٦٠، والمبسوط للسرخسى جـ٨، صـ٧٤ ، ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار جـ٩، صـ٥٨، وتبيين الحقائق للزيلعى ، جـ٥، صـ١٠٥ ، وبدائع الصنائع للكاسانى ، جـ٤ ، صـ١٧٤.

وعرفها المالكية بأنها: " بيع منافع معلومة بعوض معلوم " ، ينظر: التاج والإكليل ، للمواق ، جـ٥، صـ٣٨٩، مطبوع مع المواهب ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير، لا بن عرفة جـ٤، صـ٢ .

وعرفها الشافعية بأنها: " عقد على المنافع المباحة أو عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة "، ينظر: المجموع شرح المهذب للإمام النووى ، جـ١٥، صـ٣ ، وحاشيتا قليوبى وعميره ، جـ٣/٦٧ ، والمهذب للشيرازى جـ١، صـ٣٩٤ ، موغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للخطيب الشربينى ، جـ٢، صـ٣٣٢.

وعرفها الحنابلة بأنها: " بيع المنافع، وتعريف آخر بأنها بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة "، ينظر: المغنى للإمام ابن قدامة جـ٦، صـ٧ ، والكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة المقدسى جـ٢، صـ٣٠٠ ، والإقناع في فقه الإمام أحمد، لشيخ الإسلام الحجاوى المقدسى ، جـ٢، صـ٢٨٣.

الاتجاه الأول: التزام الطبيب ببذل عناية في الفقه الإسلامي:

بالنظر في أقوال الفقهاء نجد أنهم نصوا على عدم مسئولية الطبيب وعدم ضمانه إذا هو لم يقصر في أداء عمله ولم يقع منه خطأ ، لأن الفقه الإسلامي يقرر أن فعل الطبيب أو الجراح لا يتقيد بشرط السلامة [(١)]، ومفاد ذلك أنه نظرًا للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي أو الجراحي، فإن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو بضمان سلامته من مخاطره[(٢)]، فهذا ليس وسعه [(٣)] فكل ما يطلب من الطبيب أو الجراح هو بذل العناية المعتادة من مثله في ممارسته للعمل، فإذا راعى الطبيب أو الجراح في عمله الشروط السابق بيانها، أي استعمل حقه في حدوده الشرعية، ونتج عن ذلك ضرر لحق بالمريض لا يمكن الاحتراز منه فلا ضمان عليه[(٤)].

---

(١) وهذا ما يعبر عنه الفقه الوضعي أن التزام الطبيب إنما هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

(٢) واختلف في مدى جواز المشارطة على البرء حين يشترط المريض في التعاقد مع الطبيب الشفاء من المرض، فبعض الفقهاء رأى عدم جوازها لما فيه من الجهالة، في حين يذهب البعض الآخر إلى جوازها على أساس أنها من قبيل الجعالة التي تجوز على عمل مجهول، ينظر : فقه الطبيب وأدبه ، د/عبد الستار أبو غدة، أعمال المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، صـ٤٤٤.

(٣) الفتاوى الهندية، جـ٥، صـ٣٥٥، حيث ورد فيها أن سائر أبواب الطب من الأعمال المظنونة بمعنى أنها معرضة للنجاح والفشل فنص على " الأسباب المزيلة للضرر تنقسم إلى مقطوع به..... وإلى مظنون كالفصد والحجامة وشرب المسهل وسائر أبواب الطب أعني معالجة البرودة بالحرارة ومعالجة الحرارة بالبرودة وهي الأسباب الظاهرة في الطب "، وينظر: جـ٥، صـ٣٦٠ حيث يصرح للطبيب بالقيام بالتدخل الجراحي من أجل إنقاذ المريض وجاء فيها: " ولا بأس بشق المثانة إذا كانت فيها حصاة وفي الكَيْسَانِيَّاتِ في الجراحات المَخُوفَةِ والقروح العظيمة والحصاة الواقعة في المثانة ونحوها إن قيل قد ينجو وقد يموت أو ينجو ولا يموت يعالج وإن قيل لا ينجو أصلا لا يداوى بل يترك "، وينظر : مسئولية الأطباء، للشيخ/ محمد عبدالعزيز المراغي، مجلة الأزهر، المجلد ٢٠ ، ١٣٦٨هـ، صـ٢١٢.

(٤) حاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٢٥، وبداية المجتهد، لابن رشد، جـ٢، صـ١٩٤، وبدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ٣٠٥، وشرح مختصر خليل، للخرشي، جـ٦، صـ١٧، وفتاوى شرعية وبحوث إسلامية، للشيخ/ محمد حسنين مخلوف صـ١٠٨، والضمان، للشيخ / علي الخفيف، جـ٢، صـ١٧٢، والضمان، د/ وهبة الزحيلي، صـ٣٢٣، ٣٢٤، ويعلل الحنفية ذلك بأن الهلاك (السراية) ليس مقارنًا للعمل وإنما حدث بعد القيام به، كما أن التحرز عن السراية غير ممكن لأنها تبنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم وعلى المجهول، والاحتراز عن المجهول غير متصور، فلا يمكن التقيد بالمصلح من العمل وإلا أحجم الناس عن ممارسة العمل الطبي أو الجراحي مع مساس الحاجة إليه : تكملة فتح القدير، جـ٧، صـ٢٠٦، وراجع في ذلك: مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون المقارن، الشيخ/ أحمد إبراهيم، مجلة الأزهر،المجلد ٢٠ ، صـ٤٦، ١٣٦٨هـ، ونظرية التعسف في استعمال الحق، د/ أحمد فهمي أبو سنة، مجلة الأزهر، ديسمبر ١٩٦٢ ، ص٤٦٣، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، د/ أحمد شرف الدين، صـ٥٣.

والطبيب إن كان يستعمل حقه في هذه الحالة فهو يقوم بواجبه في نفس الوقت والأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة[1].

ومما يؤكد أن طبيعة التزام الطبيب هو التزام ببذل العناية وليس بتحقيق النتيجة، ما ذكره الفقهاء –رحمهم الله– فقد أشار إلى ذلك العلامة ابن القيم ـ رحمه الله ـ فقال: "وإن كان الخاتن عارفا بالصناعة، وختن المولود في الزمن الذي يختن فيه مثله، وأعطى الصناعة حقها، لم يضمن سراية الجرح اتفاقا"[2].

وقد أشار بعض فقهاء الحنفية ـ رحمهم الله ـ إلى ذلك بقولهم: " وفي الخلاصة الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوءه لم يضمن كالختان إلا إذا غلط فإن قال رجلان إنه ليس بأهل ، وقال رجلان هو أهل لم يضمن فإن كان في جانب الكحال واحد وفي جانب الآخر اثنان ضمن"[3].

وقال الشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي[4] –رحمه الله–: "... إن عالج العالم بالطب المريض ومات من مرضه لا شيء عليه ، بخلاف الجاهل أو المقصر فإنه يضمن ما نشأ عن فعله، ويجوز التَّعَالُجُ بكل ما يراه العالم بالطب نافعا ومناسبا لصاحب المرض من الأسماء" [5]، فاعتبر –رحمه الله– الجهل بالفعل موجب لضمان ما نشأ عن ذلك الفعل من ضرر.

وقال الشيخ شهاب الدين القليوبي الشافعي –رحمه الله–: "شرط الطبيب أن يكون ماهرا، بمعنى أن يكون خطؤه نادرا ، وإن لم يكن ماهرا في العلم فيما يظهر فتكفي التجربة، وإن لم يكن كذلك لم يصح العقد ويضمن ويرجع عليه بما أخذه من أجرة وغيرها، ويستحق الأجرة حيث صحت إجارته ويملك ما يأخذه من نحو ثمن الأدوية" [6].

---

(١) حاشية الطهطاوي على الدر المختار، جـ٤، صـ٢٧٥.

(٢) تحفة المودود، لابن القيم ، صـ١٥٣ .

(٣) تكملة البحر الرائق، للطوري، جـ٨، صـ٣٣ .

(٤) هو الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم المهنا النفراوي المالكي، ولد – رحمه الله – سنة ١٠٤٣ من الهجرة، وهو فقيه مشارك في بعض العلوم وتوفى سنة ١١٢٥ من الهجرة، وله مصنفات منها: "الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني"، و"شرح الأجرومية"، و"شرح على الرسالة النووية"، ينظر: معجم المؤلفين لعمر كحالة، جـ٢، صـ٤٠.

(٥) الفواكه الدواني، للنفراوي، جـ٢، صـ٤٤٠، و تبصرة الحكام، لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣، والعقد المنظم للحكام، لابن سلمون، جـ٢، صـ٨٠، بهامش التبصرة .

(٦) حاشية قليوبي وعميرة، جـ٣، صـ٧٨، وحاشية الرملي على شرح التجريد، جـ٢، صـ٤٢٧، بهامش أسنى المطالب.

وقال الشيخ زكريا الأنصاري الشافعي ـ رحمه الله ـ " وإن ختن الأجير حرا أو فصده، أو حجمه بلا تقصير وكذا إن كان المفعول به ذلك عبدا ولا تقصير فمات ،أو بزغ -بالموحدة والزاي والمعجمة أي شرط- دابة بلا تقصير فماتت لم يضمن لعدم ثبوت اليد على الحر ولعدم التفريط في غيره"[1].

ونص على ذلك الإمام إبراهيم بن فرحون المالكي -رحمه الله- بقوله: "قال ابن عبد السلام: وينفرد الجاهل بالأدب ولا يؤدب المخطئ، وهل يؤدب من لم يؤذن له فيه نظر؟"[2]

وقال الإمام الشافعي -رحمه الله- "وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يبطر دابته فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن، ولا أجر له وهذا أصح القولين". [3]

فالظاهر من أقوال الفقهاء هذه أن الطبيب لا يتحمل الضمان إلا إذا أخطأ مما يدل على أنه لا يضمن السلامة وإنما عليه بذل العناية فقط.

الاتجاه الثاني: التزام الطبيب بالسلامة "تحقيق نتيجة" في الفقه الإسلامي:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن التزام الطبيب إنما هو التزام بغاية أي بشفاء المريض فقد ورد في المدونة عن الإمام مالك -رضي الله عنه- في الأطباء ما نصه: " إذا اُسْتُؤْجِرُوا على العلاج فإنما هو على الْبُرْءِ فَإِن برأ فله حقه وإلا فلا شيء له "[4].

فقد جعل الإمام مالك -رحمه الله- حق الطبيب في الحصول على الأجر مرتبط بتحقيق النتيجة وهي الشفاء "البرء" وبالتالي يجوز للمريض أن يتعاقد مع الطبيب على البرء على أنه لو ترك قبل البرء فلاشيء له إلا أن يتمم غيره فله حساب نسبة من الاتفاق[5]، وهذا يكون من قبيل الجعالة التي تجوز على عمل مجهول[6].

---

(1) أسنى المطالب، للأنصاري، جـ٢، صـ٤٢٧، ونص الشافعي ـ رحمه الله ـ على مثل ذلك في: الأم، جـ٥، صـ١٦٦.
(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣.
(3) الأم، للشافعي، جـ٦، صـ١٦٦ .
(٤) المدونة الكبرى للإمام مالك جـ١١ ، صـ٦٤.
(٥) المغني، لابن قدامه، جـ٥، صـ٤٠٠، المحلي، لابن حزم، جـ٨، صـ١٩٦ ، الشرح الصغير، للدردير، جـ٤، صـ٧٥.
(٦) فقه الطبيب وأدبه، د/عبد الستار أبو غدة، أعمال المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، صـ٤٤٤.

ولكن في الحقيقة أن هذه النظرة لا تستقيم مع طبيعة عمل الطبيب والتي تخضع لقدر من الاحتمال ومن ثم فلا يجب عليه الضمان إلا إذا ثبت في حقه التقصير أما مجرد عدم تحقيق النتيجة فلا يوجب الضمان " لأن ضمان الآدمي يجب بالجناية لا بالعقد "[1] والطبيب إن كان يستعمل حقه في هذه الحالة فهو يقوم بواجبه في نفس الوقت والأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة[2].

ويلاحظ أن الشارع قد تدخل لينقذ الطبيب إذا تورط بقبول هذه المغامرة إما مدفوعا بإقدامه على أكثر مما يطيق ، وإما بدافع الحاجة لقطف ثمار عمله ولو كانت محاطة بمحاذير، والشريعة جاءت لإقرار العدل، أو لتحقيقه حين يزهقه جموح أو طغيان أحد الأطراف، يؤيد ذلك الفقيه الحلواني [3] عندما سئل عن صبية سقطت من السطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم : إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وَأُبْرِئُها فشَقَه ثم ماتت بعد يوم أو يومين هل يضمن؟ فتأمل مليا ثم قال : لا يضمن إن كان الشق بإذن، وكان معتادا، ولم يكن فاحشا خارج الرسم فقيل له : إنما أذِنُوا بناء على أنه عِلَاجُ مِثلها فقال : ذلك لا يُوقَفُ عَلَيْهِ فَاعْتُبِرَ نفس الإذن، قيل له : فلو كان قال هذا الجراح : إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن هل يضمن ؟ قال : لا[4].

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي، جـ٢، صـ١٩٤، جـ٣، صـ١٧٩، ومجمع الضمانات للبغدادي، صـ ٤٧ - ٤٨.

(٢) حاشية الطهطاوي على الدر المختار، جـ٤، صـ٢٧٥.

(٣) هو شمس الأئمة الحلواني عبدالعزيز بن أحمد بن نصر بن صالح البخاري، والحلواني- بفتح الحاء المهملة وسكون اللام بعدها واو ثم ألف ساكنة في آخرها نون- منسوب إلى عمل الحلوى، وفي القاموس المحيط الحلو ضد المر، تفقه على : الحسين أبي علي النسفي، وتفقه عليه: شمس الأئمة بكر الزرنجري، من تصانيفه : شرح أدب القاضي للخصاف، الواقعات، شرح الجامع الكبير للشيباني، ينظر : سير أعلام النبلاء، جـ١١، صـ١٨٧، الفوائد البهية ، للكنوي، جـ١١، صـ١٨٧.

(٤) ينظر : مجمع الضمانات، للبغدادى، دراسة وتحقيق د/ محمد أحمد سراج ، د/ علي جمعه محمد، ط دار السلام ، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، جـ١ ، صـ١٤٧، حاشية الطحاوي جـ٤ صـ٢٧٦، وينظر أيضا، الجريمة والعقوبة ، للشيخ محمد أبوزهرة، مطبعة الدجوي، صـ٥٠٣، والمسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية، د/ محمود السرطاوي، بحث منشور بمجلة (دراسات) الأردنية العدد الأول، ١٩٨٢م، صـ١٠٥.

وجاء في تبيين الحقائق " وإن شرط الضمان على الأجير المشترك في العقد فإن شرط عليه فيما لا يمكن الاحتراز عنه لا يجوز بالإجماع ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ففسدت "[1].

صفوة القول:

بعد عرض وجهة النظر الفقهية والقانونية في مفهوم المسئولية الطبية وطبيعتها يتضح لي أن كلا من فقهاء القانون المدني والفقه الإسلامي متفقون على قيام مسئولية الأطباء والجراحين عند مخالفتهم للأصول العلمية المتعارف عليها عند الأطباء، وإن كانت نظرة الفقه الإسلامي تتسم بنوع من التميز لأن هناك جانب في التزامات الأطباء يتعلق بالأخلاق ومراقبة النفس وعدم الميل إلى الهوى وكلها أمور معتبرة في الفقه الإسلامي الذي يمتاز بأنه يضع بجانب الرقابة الخارجية من قبل ولي الأمر رقابة أخرى داخلية نابعة من داخل الشخص تتمثل في خوفه ومراقبته لله سبحانه وتعالى.

كما استقر الرأي عند فقهاء القانون والفقه الإسلامي على أن طبيعة التزام الطبيب هي التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة فكل ما على الطبيب هو أنه يبذل الجهد المعتاد ولا يقصر أما النتيجة فهي بيد الله تعالى فهو لا يضمن السلامة، إذ ليس في مقدوره ذلك.

وبخصوص العلاقة بين الطبيب والمريض فهي علاقة تعاقدية قائمة على التراضي بين الطرفين وبالتالي فإن أي خلاف يقع بين الطرفين يخضع لأحكام المسئولية العقدية، وتعتبر عملية زراعة الكبد من النماذج المثالية لهذه العلاقة ، إذ يتم فيها الاتفاق بين المريض والطبيب نظراً لطبيعتها الخاصة، وذلك بخلاف الحالات الأخرى التي لا يرتبط فيه الطبيب بعلاقة مع المريض كحالة علاج مريض في الطريق العام.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ، جـ٥، صـ١٠٩.

الفصل الثاني

أركان[1] المسئولية الطبية الناتجة عن عملية زراعة الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي

سوف يدور الحديث في هذا الفصل عن أركان المسئولية الطبية في القانون المدني والفقه الإسلامي، والحقيقة أن جوهر المسئولية بصفة عامة والمسئولية الطبية بصفة خاصة هي أركانها التي تقوم وترتكز عليها، ولكي نستطيع التعرف على هذه الأركان فإن الأمر يستدعي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: أركان المسئولية الناتجة عن عملية زراعة الكبد في القانون المدني.

المطلب الثاني: أركان المسئولية الناتجة عن عملية زراعة الكبد في الفقه الإسلامي.

---

(١) ركن الشيء لغة: هو جانبه الأقوى، مختار الصحاح للرازي، صـ٢٥٥، مادة (ر ك ن).
واصطلاحاً: هو الذي لا يقوم الشيء إلا به، ينظر: التأمين من المسئولية، د/ سعد واصف، صـ١٥٤.
فالركن هو: جزء الشيء الذي يدخل في حقيقته وماهيته، ولا يمكن تصور هذا الشيء من دونه، على خلاف الشرط الذي لا يتحقق وجود الشيء إلا بتحققه، إلا أنه لا يدخل في حقيقته ولا يعد جزءًا منه، فالركوع والسجود من أركان الصلاة، لأنهما يعدان جزءًا منها ويدخلان في حقيقتها، أما الوضوء فهو شرط للصلاة، لا وجود لها بدونه، إلا أنه لا يدخل في حقيقتها ولا يعد جزءًا منها، ينظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسئولية التقصيرية في القانون، د/محمد أحمد سراج الدين، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، صـ٩٧.
وبالنسبة لفقهاء القانون، فهم لا يفرقون بين الشرط والركن؛ لأن كل ما يتوقف عليه قيام الماهية عندهم يسمى ركنا، سواء أكان جزءا من الماهية أم خارجًا عنها، ينظر: المسئولية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي والمقارن، د/ سيد أمين، صـ٩٦ هامش ١، وتعويض المضرور في المسئولية التقصيرية، د/ فهيد محسن الديحاني، صـ٧.

المبحث الأول
أركان المسئولية الناجمة عن عملية زراعة الكبد
في القانون المدني

الأصل العام في المسئولية هو: مسئولية الشخص عن العمل الذي يصدر منه، فما يتقرر في شأن ذلك من قواعد فهي القواعد العامة للمسئولية[1]،وفى هذا الإطار تنص المادة ١٦٣ مدنى على أنه: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" فالمسئولية كقاعدة عامة، قائمة على خطأ واجب الإثبات، وأن هذا الخطأ ألحق ضررا بالغير[2]. فبذلك تكون للمسئولية ثلاثة أركان هي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية، وفي عملية زراعة الكبد يقوم الجراح بإجراء هذه الجراحة ويعاونه فيها طاقم طبي يتولى كل فرد منهم القيام بمهامه التي ينبغي عليه القيام بها، ولا تقوم مسئولية أي شخص فيهم إلا إذا ثبت في حقهم توافر أركان المسئولية، ولذا ينبغي التعرض لهذه الأركان بشئ من التفصيل المناسب في المطالب التالية:

المطلب الأول: ركن الخطأ في عملية زراعة الكبد.

المطلب الثاني: ركن الضرر في عملية زراعة الكبد.

المطلب الثالث: علاقة السببية في عملية زراعة الكبد.

---

(١) ينظر: مصادر الالتزام، د. عبدالمنعم فرج الصدّة، صـ٤٨٦، دار النهضة العربية- القاهرة، (١٩٩٢م).
(٢) ينظر: المصادر غير الإرادية للالتزام، د/ منصور مصطفى منصور، صـ١٥.

المطلب الأول

ركن الخطأ في عملية زراعة الكبد

مفهوم الخطأ[1]

لم يتعرض المشرع المدني المصري، لتعريف الخطأ كأحد أركان المسئولية، مفسح المجال للاجتهادات الفقهية لتقوم بهذا الدور، وغايته من ذلك أن يجعل هذا الركن أكثر مرونة وانطلاقًا.

والخطأ بوجه عام سواء في نطاق المسئولية العقدية أو التقصيرية هو تقصير في مسلك الشخص لا يصدر عن إنسان يقظ وجد في ذات الظروف التي أحاطت بالمسئول[2].

ويفترض الخطأ هنا وجود قاعدة من قواعد السلوك الواضحة والمحددة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على نحو معين، ثم قيام أحد الأفراد بالخروج على هذه القاعدة.[3]

وقد تباينت وتعددت التعريفات بالنسبة للخطأ بصفة عامة، فعرفه بلانيول Planiol بأنه: «الإخلال بالتزام سابق»[4].

وقد اقترح الدكتور سليمان مرقس إضافة شرط التمييز إلى تعريف بلانيول السابق للخطأ الموجب للمسئولية المدنية ليصبح كالتالي: «الإخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه»[5].

---

(١) الواقع أن محاولة تعريف قانوني للخطأ هي محاولة من المحاولات الصعبة فهي على حد تعبير البعض نوع من التلون والتذبذب، في حين جعلت البعض الأخر يحجم عن إعطاء أي تعريف للخطأ، بينما قرر اتجاه ثالث أنه مع انعدام أي تعريف قانوني للخطأ فإننا نظل أحراراً في أن نعطي لهذه الكلمة المعنى الذي يروقنا، راجع في ذلك: المسئولية المدنية لعديمي التمييز ، د/ جلال محمد إبراهيم ، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ف ١٨٤، صـ٢٩٠، ٢٩١.

(٢) Mazeau et Tunc: "Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle" be éd., 1965, no. 669

مشار إليه في: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، طبعة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية صـ٦٠، والخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية، د/ وفاء حلمي أبو جميل، صـ٣٨.

(٣) عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٢٧.

(٤) ينظر:

M. Planiol, "Etude Sur Responsabilité Civil" Revue Criitgue, Legis et Juris, 1905 P. 278.

مشار إليه في: تعويض الضرور في المسئولية التقصيرية في حالة إعسار المسئول ، د/ فهيد محسن الديحاني صـ٨.

(٥) الوافي، د/ سليمان مرقس، صـ١٨٨.

إلا أن الفقه المصري[1] يميل إلى ترجيح التعريف التقليدي للخطأ، وهو أنه: انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف، وبذلك يكون للخطأ عنصران؛ الأول: مادي وهو الانحراف أو التعدي. والثاني: معنوي وهو: الإدراك أو التمييز[2].

الخطأ الطبي

يمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه: ذلك الخطأ الذي يصدر عن شخص يتمتع بصفة الطبيب أو بمناسبة ممارسته للأعمال الطبية لا يصدر عن طبيب يقظ وجد في نفس ظروف الطبيب المسئول.[3]

أو إنه إخلال الطبيب بالتزاماته في مواجهة مريضه، والذي يتمثل في مخالفة المعطيات والأصول الطبية.[4]

فالأصل أن أي شخص يباشر مهنة تستلزم دراية خاصة، يعتبر ملزماً بالإحاطة بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرتها، فيعد مخطئاً إن كان غافلاً عنها[5].

وقد رتب القانون المدني على الخطأ قيام المسئولية، وجعله أساس المسائلة، فمثلاً ينص القانون المدني الفرنسي في مادته ١٣٨٢ على أن: "كل فعل للإنسان سبب ضرراً للغير، يرتب مسئولية من حدث الضرر بخطئه"، وتنص أيضا المادة ١٣٨٣ على أنه: "يسأل كل شخص عن الضرر الذي سببه، ليس فقط بفعله وإنما أيضا بإهماله وعدم احتياطه"، وتنص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

---

(١) راجع في ذلك: الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، صـ١٠٨٢، ونظرية الالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، د/ أحمد حشمت أبو ستيت، صـ٤٠٨، والمسئولية المدنية والتقصيرية والعقدية، د. حسين عامر، صـ١٤١.

(٢) ينظر: دروس في نظرية الالتزام، د/ محمد لبيب شنب، صـ٣٤٣، والموجز في مصادر الالتزام، د/ أنور سلطان، صـ٣٢٣، والمصادر غير الإرادية للالتزام، د/ منصور مصطفى منصور، صـ١٧، والمسئولية المدنية والإثراء دون سبب، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ٤٧ وما بعدها.

(٣) نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، د/ محسن عبد الحميد البيه، صـ١١، والخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية، د/ وفاء حلمي أبو جميل، صـ٣٨، ونقض مدني مصري ٢١ ديسمبر ١٩٧١م، مجموعة أحكام النقض، س٢٢، صـ١٠٦٢.

(٤) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٠.

(٥) مسئولية الأطباء والجراحين، د/ حسن زكي الإبراشي، صـ١٣٤.

أنواع الخطأ الطبي

درج الفقه القانوني على تقسيم الخطأ في المجال الطبي إلى خطأ مادي أو عادي، وخطأ فني أو مهني[1].

فالخطأ المادي: هو ذلك الخطأ الذي يقع من الطبيب دون أن يكون ذا صلة بمهنة الطب، فهو خطأ خارج عن حدود المهنة شأن الطبيب فيه شأن غيره من الناس[2].

ومثاله: أن يجري الطبيب عملية جراحية وهو سكران، أو أن يجري جراحة للمريض دون أن يقوم بالتعقيم ومراعاة قواعد النظافة،[3] أو يهمل في تخدير المريض قبل العملية.[4]

أما الخطأ الفني أو المهني: فهو ذلك الخطأ الذي يصدر عن الطبيب بالمخالفة للقواعد الفنية التي تلزمه بها القواعد الطبية[5].

ومثاله: أن يخطأ الطبيب في تشخيص مرض على النحو الذي اتفق فيه الأطباء على تشخيص معين[6]، أو إعطائه للمريض أدوية أو علاج غير متعارف على وصفه، أو إعطاء المريض جرعة من المخدر تزيد عن القدر اللازم.[7]

وعلى الرغم من أن هذا التقسيم لم يسلم من النقض نظرًا لأنه ليس من السهل التمييز بين ما يعد خطأً ماديًا للطبيب، وما يعد خطأً فنيًا له، وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري: "إن التمييز بين الخطأ المادي والخطأ الفني في مزاولة المهنة فوق أنه دقيق في بعض الحالات لا مبرر له، وإذا كان الطبيب أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطار الفنية، فالواجب اعتبار الرجل الفني مسئولاً عن خطئه المهني مسئوليته عن

---

(١) مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى، د/ سليمان مرقس، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة، عدد ٢ فبراير ١٩٣٧م، صـ١٥٥ وما بعدها.

(٢) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٢، والخطأ الطبي، د/ وفاء أبوجميل صـ٤٠، والمسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ١٤.

(٣) مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، د/ أحمد محمود سعد، صـ٣٧٣، ونظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، د/ محسن البيه، صـ١٥.

(٤) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ١٤.

(٥) عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٤٨.

(٦) المسئولية المدنية لطبيب التخدير، د/ محمد عبد القادر العبودي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢م، صـ١١٤.

(٧) نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، د/ محسن البيه صـ١٦.

خطئه العادي، فيسأل في هذا أو ذاك حتى عن الخطأ اليسير..."[1] لأن غالبية ما ينسب إلى الطبيب من أخطاء تتضمن بالضرورة ناحية فنية، حيث لا يمكن فصلها عن تخصصه الفني والمهني.[2]

ويظهر هذا واضحًا وعلى سبيل المثال في حالة ما إذا أغفل الطبيب الأمر بنقل المريض إلى المستشفى، أو في حالة ما إذا ترك الطبيب قطعة من القماش أو القطن أو آلة جراحية في جسم المريض، ففي مثل هذه الحالات يكون هذا الخطأ من قبيل الخطأ العادي أو المادي، ولكنه في حقيقة الأمر ينطوي على خطأ فني ومهني، لأنه يدخل في صميم اختصاص الطبيب لأن الأمر بنقل المريض إلى المستشفى يحتاج في الحقيقة إلى تقدير فني من الطبيب ليأمر به في الوقت المناسب، كما أن نسيان قطعة قماش أو قطن أو غير ذلك من أدوات الجراحة في جسم المريض يعد من قبيل الحوادث الجراحية المتصلة اتصالاً وثيقًا بمباشرة المهنة.[3]

وقد اعتبر القضاء الفرنسي[4] الأمور السابقة من قبيل الأخطاء العادية للأطباء على الرغم من الطبيعة الفنية للخطأ.

ولكن القضاء المصري، رفض هذه التفرقة حيث قرر أن: "الطبيب خاضع من حيث مسئوليته للقواعد العامة فيسأل عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق سواء كان ذلك الخطأ عاديًا أم فنيًا، وسواء كان يسيرًا أو جسيمًا".[5]

---

(١) الوسيط، مصادر الالتزام، د/ عبدالرزاق السنهوري، صـ١١٤٧ — ١١٤٩، فقرة ٥٤٨.

(٢) عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون صـ١٥٤، ونظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، د/ محسن البيه، صـ٢٥ هامش ٢، ومسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب، د/ أحمد محمود سعد صـ٤٧٤، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٣.

(٣) راجع تفصيل ذلك: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الإبراشي، صـ١٣٦، والمسئولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ عبد الراضي هاشم، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٩٤م، صـ٨٤، وعقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون صـ١٥٣، ومسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب، د/ أحمد محمود سعد صـ٢٧٦، ونظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، د/ محسن البيه صـ٢٥، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٤.

(٤) T.Civ. Nancy, 19 Janv. 1928, Gaz. Pal. 1928, I.P. 470 : C.A. d.Emiens, 16 Juill 1931, Gaz, Pal. 1931, 11, P. 694.

مشار إليه في : التأمين من المسئولية، د/ أشرف جابر صـ٦٤.

(٥) استئناف مصر يناير ١٩٣٦م، المحاماة س١٦، ع٧١٣، صـ٣٢٤، وقد علق الدكتور / سليمان مرقس على هذا الحكم بقوله : "لقد أصابت محكمة استئناف مصر فيما ذهبت إليه ...". ينظر : مسئولية الطبيب

#

ولذا فإنه لا ينبغي الأخذ بهذه التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني لأنها لا سند لها في القانون، فهي ترجع في أصلها إلى الرغبة في تحاشي تدخل القضاة في المسائل العلمية الخلافية، حتى يكون قضائهم مبنيًا على الثابت من المبادئ المستقرة، وعلى اليقين لا على الشك.[1]

ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحًا أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه، وهو آمن ومطمئن أنه لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتًا ظاهرًا بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيبًا لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر[2].

والمعيار العام في قياس الخطأ وتحديده هو معيار موضوعي، يبنى على السلوك المألوف عن الشخص العادي، إذ يقاس سلوك مرتكب الفعل الضار بهذا السلوك مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإذا انحرف عن سلوك الرجل العادي فإن ذلك يعد خطأ.[3]

ومسئولية إدارة المستشفى، مجلة القانون والاقتصاد س٧ صـ٦٤، وأشار إليه د/ أشرف جابر في بحثه التأمين من المسئولية المدنية للأطباء صـ٦٤، هامش (٣). وهذا يعد تطورًا في أحكام القضاء المصري لأنه في البداية نهج نفس منهج القضاء الفرنسي فمنع القاضي من التدخل في تقدير النظريات والطرق العلمية، وحصر دوره في الكشف عن ما إذا كان الطبيب قد وقع في إهمال محقق بوضوح أو عدم اتخاذ الاحتياطات التي يمليها عليه الحذر، (حكم محكمة الاستئناف المختلط في ١٥ فبراير ١٩١١م، مجموعة التشريع والقضاء المختلط س٢٣، صـ١٨٣)، كما قررت محكمة الاستئناف في حكم آخر لها بأن للطبيب الاستقلال في ممارسة مهنته طبقًا لما يمليه عليه ضميره فهو لا يسأل عن أخطائه الفنية كالخطأ في التشخيص والعلاج؛ إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، أو لو ثبت أنه أظهر جهلاً مطبقًا بأصول العلم والفن الطبي، (استئناف مختلط ١٩/١١/١٩٣٦م، المجموعة س٣٩، صـ١٩، ومختلط أبريل ١٩٣٨م، المجموعة س٥٠، صـ٢٥٠).

كما قضي بأنه "لا يسأل الطبيب عن الخطأ الذي يقع منه في تشخيص المرض خصوصًا إذا تشابهت الأعراض"، (استئناف مصر ١٦ أبريل ١٩٢١م، المحاماة س٢، صـ٣٠)، ومثاله حكم مصر الابتدائية (جنح مستأنفة)، ٢ مايو ١٩٢٧م، س٢٩، صـ٢٠، وكذلك الجيزة الابتدائية، ٢ يناير ١٩٣٥م، المحاماة س١٢، صـ٤٧١، ونفس المعنى مصر الابتدائية، ٣ أكتوبر ١٩٤٤م، المحاماة س٦، صـ١٣١، راجع في ذلك : الخطأ الطبي، د/ وفاء حلمي أبو جميل صـ٤١، وما بعدها.

(١) الوسيط – مصادر الالتزام – المجلد الثاني، د/ عبد الرزاق السنهوري صـ١١٤٧، ١١٤٩، فقرة ٥٤٨، والخطأ والمسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس صـ١٦١، وينظر في انتقاد هذه التفرقة، المسئولية المدنية للفريق الطبي المعالج للمريض في القانون المصري، د/ فريد عبد المعز فرج، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية، بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد ٢١، عام ٢٠٠٦، صـ١٦.

(٢) استئناف مصر ٢٣/١١/١٩٤١م، المحاماة س٢٢، صـ٢٥٨.

(٣) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور صـ٢٢.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على أنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استخلاص وقوع الفعل المكون للخطأ الموجب للمسئولية هو ما يدخل في تقدير محكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه"[1].

وقد عدل القضاء في كل من فرنسا ومصر عن هذه التفرقة فقضت محكمة النقض الفرنسية في ٣٠ أكتوبر ١٩٦٣م: "بأن أي درجة من درجات الخطأ تكفي لقيام مسئولية الطبيب، المهم هو أن يثبت ذلك بشكل يقيني وقاطع ولا حاجة لإثبات الخطأ الجسيم".[2]

كما قضت محكمة النقض المصرية في ٢٦ يونيه ١٩٦٩م بأنه: "يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول".[3]

والذي يبدو ظاهرًا من خلال العرض السابق أن معيار تحديد درجة الخطأ يكمن في عنصر نفسي هو تقدير الشخص لاحتمال وقوع الضرر فكلما زادت درجة الاحتمال هذه لدى الشخص حال إتيانه الفعل كلما ازدادت درجة جسامة الخطأ، فيكون هذا الأخير عمديًا إذا قصد الشخص تحقق الضرر، ويكون جسيمًا إذا تيقن من وقوع الضرر متى لم يقصد تحقيقه.[4]

وقد نتج عن تقسيم فقهاء القانون الخطأ إلى عادي وفني إن ظهر ما يعرف باسم الخطأ الجسيم[5] حيث جعلوا الخطأ الفني والمهني لا يسأل الطبيب عنه إلا إذا كان جسيمًا[6].

---

(١) نقض مدني ١٩٩٤/١١/٢٧م رقم ٢٧٩٠ سنة ٦٠ ق — ٤٥– ١٤٩٢، ونفس المعنى نقض مدني ١٩٩٣/٤/١٩م رقم ٣٠٦ سنة ٥٩ ق — ٤٤ — ٢١٩٣، ونقض جنائي ١٩٧٣/٤/٢٩م سنة ٢٤ق – ٥٥٢.

(٢) نقض فرنسي ١٩٦٣/١٠/٣٠م، دالواز ١٩٦٤م — ٨١، نقض فرنسي ٢٠ مايو ١٩٣٦، دالواز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨، ونقض ٢٤ يونيه ١٩٣٨م، جازيت دي باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٧٢١.

(٣) نقض مدني مصري ١٩٦٩/٦/٢٦م، رقم ١١١، لسنة ٣٥، س٢٠، صـ١٠٧٥، استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦، المحاماة ١٦، رقم ٣٣٤ صـ٧١٣.

(٤) مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ وديع فرج ، مجلة القانون والاقتصاد سـ١٢ ، صـ٤٠٠.

(٥) وهو كل فعل يرى طبيب يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، وفي مستواه العلمي، أن حدوثه يحتمل جدًا أن ينشأ عنه الضرر المنسوب لذلك الطبيب.
عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٥٨.

(٦) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٦، وقضت محكمة النقض بأن "الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي يرتكبه الشخص لوقوعه في غلط فاحش ما كان ليساق إليه لو أهتم بواجباته الاهتمام

#

لأن العمل الطبي ذو طبيعة احتمالية[1] وهذه الطبيعة الاحتمالية تقتضي عدم مُسألة الطبيب عن أخطائه اليسيرة، وإلا كان معنى ذلك تقيد حريته والحد منها في ممارسة نشاطه الطبي، فيُحجم عن مسايرة التطور العلمي خشية الوقوع في أي خطأ ولو كان يسيرًا.[2]

كما أن سلوك الطبيب في العلاج من المسائل الخلافية بين المتخصصين فليس من السهل تحديد ما إذا كان سلوكه في العمل الطبي ينطوي على خطأ من عدمه إلا إذا بلغ خطؤه قدرًا من الجسامة ليست محلاً للخلاف ومن ثم لا يحتاج الأمر معها إلى التعمق في مناقشات علمية أو فنية.[3]

والحقيقة أن هذا الرأي لم يسلم من النقد لأن فيه مبالغة بقصر نطاق المسئولية الطبية على الخطأ الفني الجسيم؛ لأن مُسألة الطبيب عن الخطأ الفني مهما كانت درجته حتى لو كان يسيرًا هي من صميم عمل القاضي ومن ثم فهي لا تعد تدخلاً من جانب القضاة في بحث ومناقشة المسائل العلمية.[4]

كما أن القول بأن مُسألة الطبيب عن الخطأ الفني اليسير تؤدي إلى تقييد حرية الطبيب في ممارسة نشاطه، وتحجيمه عن مسايرة التطور العلمي لا يمكن أن تكون مسوغًا لإهدار مصلحة المريض وحقه في عدم التعرض لأخطاء الطبيب، ولا سيما وأن الطبيب لن يتعرض للمُسألة لمجرد عدم نجاح العلاج مادام أنه قد أخذ جانب الحذر والعناية الواجبين في ممارسته لعمله[5].

العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً" (نقض مدني في ١٩٨٤/٥/١٧م طعن رقم ١٧٥٨ سنة ٥٠ ق ٣٥ – ١٣٣٨).

(١) الخطأ الطبي في نطاق المسئولية المدنية، د/ محمد هشام القاسمي، مجلة الحقوق والشريعة، س١٣، ع١، مارس ١٩٧٩م، صـ١٠.

(٢) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٧.

(٣) المسئولية المدنية في القانون المصري، د/ مصطفى مرعي، طـ٢ ،١٩٤٤م رقم ٧ صـ٦٧.

(٤) نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجه للمسئولية المدنية، د/ محسن البيه صـ٤٥، ونفس المعنى، التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٩٧، نقض مدني مصري ١٩٧٥/١٢/٢٣م، المجموعة، السنة ٢٦ رقم ٣٠٩، صـ١٦٥٣، ونقض مدني مصري ١٩٦٠/٦/٢٣م، المجموعة السنة ١١، رقم ٦٨، صـ٤٣٢.

(٥) عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون صـ١٦٢، ومسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام، د/ أحمد شرف الدين، بند ١٦، صـ٢١٠، وما بعدها، ونظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، د/ محسن البيه صـ٤٦، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٨.

ويكفي لعدم الاعتداد بأي تقسيم للخطأ أنه لا يوجد له سند في القانون حيث إن القانون لم يفرق بين النوعين من الخطأ، فالخطأ الموجب للمسئولية، سواء كانت جنائية أم مدنية جاء عامًا، دون تمييز بين أنواعه.[1]

وقد لحقت أحكام القضاء تطورًا ملحوظًا في مسألة الاعتداد بالخطأ الفني الجسيم من عدمه، فبعد ما كان اتجاه القضاء الفرنسي والمصري يسير في اتجاه إقرار الخطأ الجسيم[2] عاد كل من القضائين إلى العدول عن هذه الفكرة حيث عدل القضاء الفرنسي عن مسألة التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير، وصدرت أحكام مقررة ومؤكدة انعقاد مسئولية الطبيب، ولو كان الخطأ المنسوب إليه يسيرًا، فقد قضى بأن: "الطبيب كغيره من الناس لا يلزم لمُسألته أن يكون الخطأ المنسوب إليه على درجة معينة من الجسامة؛ لأنه ليس للقاضي أن يتعمق في بحث وفحص الأصول الفنية لمهنة الطب".[3]

وكذلك فعل القضاء المصري حيث جرت عبارات أحكامه على تأكيد أن "الطبيب كغيره من الفنيين وغيرهم يسأل عن نتيجة خطئه، دون تمييز بين الخطأ الهين والجسيم".[4]

---

(١) مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية، د/ محمود محمود مصطفى، مجلة القانون والاقتصاد، س١٨، القسم الثاني، صـ٢٩٧، والمسئولية المدنية، العقدية والتقصيرية، د/ حسن عامر، بند ٢٧٤، صـ٢٤٠، ومسئولية الأطباء والجراحين، د/ حسن الإبراشي صـ١٣٧، ونظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، د/ محسن البيه صـ٤٨.

(٢) حيث قُضي في فرنسا بأن "الطبيب يعد مسئولاً عما لحق المريض من ضرر نتيجة ما صدر منه من خطأ جسيم" كما قضى بمسئولية الطبيب "متى كان ما لحق المريض من ضرر ناشئًا عن خطأ فاحش وعدم احتراز من جانب الطبيب".

Cass. Civ. 18 Juin, 1935, S. 1835, I.P. 401., I. Civ., Seine 25 Fév. 1929, D. 1931, 11, P. 144, T.Civ., Seine 20 Juill. 1907, D. 1921, 11, P. 356.

مشار إليهم في : التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٨.

كما قضي في مصر بعدم مسئولية الطبيب إلا إذا كان الخطأ المنسوب إليه خطأً جسيمًا.

راجع : استئناف مصر ٢ مايو ١٩٣٧م، ملخص أحكام المجموعة الرسمية، س٤٨، صـ١٣٨١، استئناف مختلط ٩ نوفمبر ١٩٣٦م، المجموعة المختلطة، س٤٩، صـ١٩، واستئناف مختلط ٢١ أبريل ١٩٣٨م، س٥٠، صـ٢٥٠.

(٣) Req. 21 Juill. 1919, D.P. 1920, JP. 30, note L. Denisse.

وفي ذات المعنى :

Cass. Civ. 20 nov. 1920, D.P. 1924, I, P. 103; Cass. Civ. 30 Oct. 1963, D. 1964, P. 81; Note Savatier.

مشار إليهم في: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر صـ٦٩.

(٤) محكمة الإسكندرية الابتدائية ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣م، مجلة المحاماة س٢٤، بند ٣٥، صـ٧٨، استئناف مختلط ١٥ فبراير ١٩١١م، مجلة التشريع والقضاء المختلط، س٢٣، صـ١٨٣.

#

وأخطاء الطبيب تختلف وتتنوع بحسب نسبتها إليه ودرجتها فهناك الخطأ الشخصي الذي يصدر من الطبيب نفسه وهناك الخطأ الذي يصدر لمخالفة الأصول العلمية، وهناك الخطأ الذي يصدر من الفريق الطبي المعاون، وفيما يلي نتناول هذه الأخطاء بشئ من التفصيل المناسب:

أولاً: مسئولية الجراح الناشئة عن خطئه الشخصي

القاعدة أن مسئولية الجراح تثور إذا ثبت أنه لم يؤد العمل الجراحي بالمهارة التي تقتضيها مهنته وبالمستوى الذي ينتظره منه المريض[1].

ولذا فإن الخطأ الطبي الذي يُعدُ أساساً لمسئولية الجراح عن فعله الشخصي يُعرفُ بأنه "تقصير في مسلك الجراح لا يقع من جراح وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالجراح المسئول"[2].

ولذا فإن مسئولية الجراح بصفة عامة تخضع للقواعد العامة، فيسأل عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق[3]، أما إن جنب سلوكه موطن الخطأ فلا مسئولية عليه أياً كانت نتيجة تدخله الجراحي، إذ لا يضمن للمريض الشفاء بل يلتزم ببذل العناية الكافية[4]، ولا عبرة بكون الخطأ فنياً أم عادياً، يسيراً أم جسيماً، حيث قضت المحاكم، أنه يجب التشدد في مسئولية الأخصائيين[5] ومنهم الجراح باعتباره أخصائي

وينبغي التنبيه إلى أن أهمية الضرر لا يعول عليها في تقدير درجة جسامة الخطأ، فالضرر كبير الأهمية قد يحدث نتيجة خطأ جسيم، وقد يحدث نتيجة خطأ يسير، وعلى ذلك فتحديد درجة جسامة الخطأ لا ترتبط بأهمية الضرر الناشئ عنه، ينظر: المسئولية المدنية للفريق الطبي، د/ فريد عبد المعز فرج، صـ١٧.

(١) المسئولية الطبية ، د/ محمد حسين منصور ، صـ ٦١ وما بعدها.

(٢) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩٣٢، والخطأ بصفة عامة واحد في نوعي المسئولية سواء كانت عقدية أم تقصيريه حيث عرّف الفقه الخطأ بصفة عامة بأنه " تقصير في مسلك الشخص لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسئول"، ينظر، مشكلات المسئولية المدنية، د/ محمود جمال الدين زكي ، فقرة ٤ وما بعدها، ونظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، د/ محسن عبد الحميد البيه، صـ١١، والخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية، د/ وفاء حلمي أبو جميل، صـ٣٨، ونقض مدني مصري ٢١ ديسمبر ١٩٧١م، مجموعة أحكام النقض، س٢٢، صـ١٠٦٢.

(٣) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩٣٢.

(٤) المسئولية الطبية ، د/ محمد حسين منصور ، صـ ٦١ وما بعدها.

(٥) حكم محكمة استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣٦م، المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤، صـ٧١٣، حيث قضت المحكمة أنه: "بالنسبة للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم، وجعلهم مسئولين عن أي خطأ ولو كان يسيرا وخصوصا إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم لأن واجبهم الدقة في التشخيص،

#

جراحة حيث يطالب ببذل عناية أكبر من التي يُطالب بها الأطباء العموميون، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال عند إجراء الجراحة، ولكن ينبغي عدم إغفال ما ينطوي عليه العمل الجراحي من مخاطر قد تكون مقبولة، ولذلك رفض القضاء إقامة مسئولية الجراح عن وفاة طفل تم نقله إليه بسرعة لإجراء عملية جراحية تمت بالعناية المطلوبة، ولكنها لم تنجح بسبب عدم إحراز الطب في هذا الميدان للتقدم العلمي الكافي[1]، وهذا الأمر يثير سؤالا على جانب كبير من الأهمية وهو ما هو المعيار الذي يتم على أساسه تقرير خطأ الجراح من عدمه؟

وبصدد الإجابة عن هذا السؤال قضت محكمة النقض الفرنسية في بيان معيار خطأ الطبيب (الجراح) الذي يسبب مسئوليته بقولها " بأن أي درجة من درجات الخطأ تكفى لقيام مسئولية الطبيب الجراح المهم هو أن يثبت ذلك بشكل يقيني وقاطع ولا حاجة مطلقا لإثبات الخطأ الجسيم."[2]

كما قضت محكمة النقض المصرية في بيان معيار مسئولية الجراح والطبيب بقولها" فيسأل الطبيب –الجراح– عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب –جراح– يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب –الجراح– المسئول ..."[3]

والاعتناء، وعدم الإهمال في المعالجة" مشار إليه في: الخطأ الطبي ، د/ وفاء حلمي أبوجميل، صـ١٥، وحكم محكمة جنح الأزبكية رقم ١٩٦٧/١٠٥٤م جنح بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦م في قضية الدكتور يحيى الجمال ، فقالت بعد أن عرضت ما رأته خطأ في مسلك الطبيب المتهم وبالأخص وأنه أخصائي في فئة تطالب ببذل عناية أكبر من التي يطالب بها الأطباء العموميين ، فالمريض لا يلجأ إلى الأخصائي عادة إلا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذي يقرر أن حالة المريض تستدعى عناية من شخص له دراية خاصة ، فالأخصائي يجب أن يكون على إلمام تام بأصول فئته، ويجب أن يتوخى غاية الحذر في أمور علاجه، وقد قضي أنه بالنسبة للأطباء الأخصائيين فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً.

مشار إليه في : مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩٣٣، هامش ٢.

(1) CIV. 26 Jin. 1970 B.C.I.N. 34- Crim. 13 mars 1971 B, Crim. N78.

مشار إليه : المسئولية الطبية ، د/ محمد حسين منصور، صـ٦٢.

(٢) نقض فرنسي ٣٠ اكتوبر ١٩٦٣م دالوز ١٩٦٤ — ٨١، وتعليق سافاتيه وملاحظات الأستاذ تنك عن هذا الحكم في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٦٤م صـ٣٠٩، مشار إليه في: المسئولية المدنية عن التجارب الطبية، د/ سهير منتصر، صـ٨٧.

(٣) نقض مدني مصرى ١٩٦٩/٦/٢٦ رقم ١١١ لسنة ٣٥ س ٢٠ص ١٠٧٥ واستئناف مصري ٢ يناير ١٩٣٦ المحاماه ١٦ رقم ٣٣٤ ، صـ ٧١٣.

وينبغي أن نعلم أن الجراح في عيادته الخاصة يكون المسئول الوحيد عن مريضة، ويجب أن يعتني به، وأن كل من يلجأ إليه من غير الأطباء لمساعدته في العمل الجراحي، إنما يكونوا مجرد أدوات لتنفيذ تعليماته، ولذا فإن الرؤية الكاملة عن العملية الجراحية تكون للجراح وحده والذي من خلالها يستطيع اتخاذ القرارات الملزمة لمساعديه، وبالتالي فإن أي خطأ يقع من الجراح أو من مساعده إنما يكون الجراح مسئولاً عنه حتى ولو كانت قراراته صحيحة للمساعد، ولكن المساعد ينفذها بطريقة سيئة، لأن تنفيذ المساعد لعمله يجب أن يتم في حضور الجراح وتحت رقابته المباشرة طالما أن الذي يقوم بها مجرد مساعد طبيب[1]، لأنه في استطاعة الجراح أن يتدخل في هذا العمل لحظة تطبيقه لتصحيح الخطأ الذي قد يرتكبه مساعده حيث تعطيه القواعد العامة القانونية هذا الحق بل تفرضه عليـــه كواجب قانوني[2]، من خلال ما يملكه من حق الرقابة والإشراف على مساعديه[3] ومن باب أولى فإن الجراح يكون مسئولاً عن الخطأ الذي يقع من المساعد إذا قام بتنفيذ أمر غير صحيح صادر من الجراح، حيث يكون الخطأ هنا هو خطأ الجراح الذي أصدر الأمر وليس خطأ من قام بالتنفيذ.

ومن التطبيقات القضائية بشأن مسئولية الجراح عن فعله الشخصي[4]:

حكم بمسئولية الجراح الذي لم يتأكد من حسن استقرار مريضته على منضدة الجراحة، الأمر الذي ترتب عليه تشوه في زراعها لإصابتها ببداية شلل حيث كان ينبغي عليه التأكد من سلامة المنضدة وآلات تثبيت المريضة، فهو يسأل عن الجرح الذي يصيب المريض بسبب سقوطه نتيجة عدم إحكام ربط جهاز المنضدة[5].

(١) نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، د/ محسن البية، صـ ٦٤، ولذا فإن الممرضة التي تعمل بعيادة تعد تابعة للجراح إذا وضعت تحت تصرفه أثناء إجراء العملية، فهو يعد مسئولاً عنها كمتبوع إذا ما ارتكبت خطأ في إعطاء الحقنة التي تسبق إجراء العملية في حضوره وتحت إشرافه، ينظر: المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ٦٩.

(٢) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩٣٤.

(٣) فالجراح يملك رقابة وتوجيه أفراد طاقمه أثناء العملية الجراحية، المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ٦٩.

(٤) راجع هذه التطبيقات: المسئولية الطبية ، د/ محمد حسين منصور، صـ٦٣ وما بعدها، مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩٣٧وما بعدها.

(5) Aix, 10 nov. 1953- Dalloz 1954-2. Civ 27 mai 1970 G. P. 1970. 2. 28 – paris 15 Juin 1954 D. 1954. 649.

#

كما حكم بمسئولية الجراح الذي خلط بين الجانب الأيمن والجانب الأيسر في الفحص بالأشعة لأنه ارتكب إهمالاً يوجب مسئوليته[١] .

كما قضى بمسئولية جراح الأسنان لعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة لتفادى، رد، فعل المريض، فهو المسئول عن انزلاق الآلة التي يستعملها أثناء تدخله بسبب الحركة المفاجئة للمريض فذلك أمر متوقع ومن الممكن تفاديه.[٢]

كما قضى بمسئولية الجراح الذي يهمل في رعاية مريضه بعد إجراء الجراحة له، الأمر الذي أدى إلى حدوث مضاعفات له[٣] ومن أمثلة ذلك اعتبار الجراح مخطئا لعدم مراعاته وضع سيقان المريض في الوضع المناسب الذي يتفق مع العملية الجراحية التي أجراها له في الأعصاب، ولم يلفت نظر المريض إلى هذا مع ما في ذلك من أهمية كبيرة في نجاح العملية الجراحية أو فشلها.[٤]

ولكن في جميع الأحوال إذا التزم الطبيب وكان سلوكه بعيداً عن التقصير فإنه لا وجه للقول بمسئوليته وهذا ما أكدته الأحكام القضائية في هذا الشأن ومنها.

ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بقولها " أنه لا يوجد خطأ إذا أجرى الجراح عملية لمريض مصاب بمرض في عينيه،وقام بتخدير أحد الأعصاب ونتج عن ذلك شلل تام لعصب العين، وذلك إذا كانت الطريقة المستعملة بقيت موجودة ولكن تركت لا خوفاً من خطورتها، ولكن لعدم قبول المرضى لها وخوفهم منها "[٥].

مشار إليهم في: المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور ، صـ٦٤، مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية، د/ رأفت محمد حماد،صـ٩٣٧.

(١) Sien 25/1/1949, Gazette de palais , 1949-1-217.
(٢)Paris 4 mai 1963. Dalloz , 1964-36- Meaux 13 d^ec. 1961. G. P. 1962-2-44.

مشار إليه في: المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور ، صـ٦٣.

(٣) Civ 10/6/1981. Semaine, Juridique 1981-1-1914, note Chaba .
(٤) Nimes 20/10/1953, Dalloz 1953-32.
(٥) Civ 13/5/1959, Dalloz 1959-343

مشار إليه في: مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية، د/ رأفت محمد حماد،صـ٩٣٨.

كما قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بعدم مسئولية الجراح طالما أتبع في العلاج كل الوسائل الممكنة والتي تتفق مع الأصول العلمية الفنية، وأن سبب عدم نجاح العملية يرجع إلى حالة المصاب بوجه عام.[1]

كما قضت محكمة العطارين بأن عدم استشارة المتهم وعدم استعانته بأحد زملائه، وعدم استعداده لعملية فتح ورم انيوريزمي لا يعد إهمالا منه ولا يوجب مسئوليته.[2]

ثانياً: خطأ الطبيب الناشئ عن مخالفته للأصول الطبية الثابتة[3]:

لاشك أن الطب وحكمه في ذلك حكم العلوم والفنون الأخرى يشمل أصولاً تعتبر ثابتة ومسلمة على الأقل في فترة معينة من حياة العلم والفن[4]، وهذه الأصول يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إليهم، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروط بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة فإذا فرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية بحسب تعمده أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله"[5]؛ لهذا يلجأ القضاء إلى الخبراء من الأطباء والجراحين لتقدير ما إذا كان زميلهم قد جهل تلك الأصول أو

(١) ينظر حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية الصادر بتاريخ ١٩٨١/٧/٨ م رقم ٢٢٦ كلى - مشار إليه: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/حسن زكى الإبراشى ، صـ ٣٧.

(٢) ينظر حكم محكمة العطارين في قضية نسب إلى الجراح فيها أنه تسبب بإهماله وعدم احتياطه في قتل المجني عليه بأن أجرى له عملية فتح الكيس الانوريزمي ولم يقم بربط الشريان الفخذي أعلاه، ولا باتخاذ الطرق الطبية الفنية لإيقاف النزيف الناشئ عن العملية، وقد ظهر للمحكمة أن الطبيب أقدم على إجراء العملية تحت الاعتقاد بأن الورم ورم بسيط ولم يفطن إلى احتمال أن يكون الورم انوريزمي، وقد قرر الطبيب الشرعي أن المتهم يعذر في تشخيصه للمرض بأنه ورم بسيط، محكمة العطارين ١٩٢٩/٤/٩م ، حقوق سنة ٤٤ صـ١٩ مشار إليه: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/حسن زكى الإبراشى ، صـ ٣٤٣، والمسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور ، صـ٦٦ .

(٣) المقصود بالتزام الطبيب بأتباع الأصول الطبية هو: أن الطبيب ملزم بإتباع الأساليب والوسائل العلاجية التي يقضي بها العلم ، متى عرضت له حالة من الحالات التي تدخل في الحدود التي وضع العلم حلاً لها، حتى لا يعرض حياة المريض للخطر، أما إذا كانت حالة المريض لا تدخل تماماً في نطاق هذه الحدود، فهنا لا غبار على الطبيب في أن يختار من الوسائل والأساليب العلاجية ما يتفق ومصلحة المريض في تحقيق الشفاء، مع التزامه بعدم مخالفة الأصول الفنية والأوضاع العلمية الثابتة إلا في الأحوال الاستثنائية، ينظر: المسئولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة، د/ أسامة عبدالله قايد، دار النهضة العربية ٢٠٠٣م صـ٢٣٠، ٢٣١..

(٤) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩١.

(٥) نقض جنائي ١٩٦٣/٦/١١ طعن رقم ٢٥٢٧ لسنة ٣٢ ق المجموعة س ١٤ صـ٥٠٦.

تخطاها[1] ومع أن القاضي هو المسئول أمام ضميره عن الحكم الذي يصدره إلا أنه لا سبيل لديه إلى كشف أصول الطب بنفسه فهو يشرك الخبراء من الأطباء معه في تقدير أهم عناصر المسئولية الطبية وأن لم يشتركوا معه رسميا في الحكم الذي ساهموا بأكبر قسط في الوصول إليه[2] ولكن السؤال الذي يفرض نفسه هو ماهية هذه الأصول والقواعد التي يجب أن يلتزم بها الطبيب؟

أولاً: ماهية الأصول والقواعد العلمية الطبية الثابتة:

لم يتعرض المشرع المصري لبيان ماهية الأصول العلمية الطبية الثابتة التي يلتزم بها الجراح أو الطبيب، وذلك في نصوص قانون مزاولة مهنة الطب وأدبياته حيث ترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء[3]، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي أشار إلى معطيات العلم في المجال الطبي بصورة ضمنيه في المادة ٣٦ من قانون أخلاقيات مهنة الطب بقوله: " إن الطبيب – الجراح – يجب أن يضع دائماً تشخيصه بعناية أكثر، وأن يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الأكثر تخصصاً ودقه ووضوحاً".

ويستفاد من النص السابق أن الطبيب الجراح عليه الالتزام بإتباع الأصول العلمية الطبية المقررة في العلم والمتعارف عليها بين الأطباء[4].

وهذه الأصول العلمية الطبية الثابتة في نظر الفقه والقضاء المصري والفرنسي هي: " تلك الأصول العلمية الثابتة والمتعارف عليها نظرياً وعملياً، والتي يجب أن يلم بها الجراح وقت قيامه بالعمل الجراحي أو الطبي."[5]

ومن التعريف السابق نجد أن للأصول العلمية الثابتة حالتان:

---

(١) مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، د/ حسن زكي الإبراشي ، صـ١٣٤.

(٢) ينظر: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د. وديع فرج – مجلة القانون والاقتصاد سنه ١٢ صـ ٤١٨/٤١٩، ومسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكى الإبراشي، صـ ٢٣٥.

(٣) المسئولية الجنائية للأطباء، د/ أسامة قايد ، صـ ٢٢٥.

(٤) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩١٢.

(5) Akida (Mohamed) " La responsibilité penale de médicens du chef d'homicide et de blessures par imprudance ' . P.109et s. These lyon 1981.

مشار إليه : المسئولية الجنائية للأطباء ، د/ أسامة عبدالله قايد ، صـ٢٢٩، ومسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩١٣.

الأولى: نظرية: وهى أن يتفق أهل الفن على تحديد علاج المرض فمثلاً يتفقون على أن علاج المرض المعين هو بطريق العقاقير، وأما المرض الآخر فيكون بطريق الجراحة.

الثانية: عمليه: وهى أن يتفق الأطباء على أمور تطبيقيه عامه كطريقة إجراء العمليات الجراحية.

ويؤيد ذلك ما ذهب إليه القضاء [١] من أن إتباع الجراح أو الطبيب قواعد الممارسة الطبية أي الأصول العلمية الثابتة تصبح واجبة الاحترام إذا ما تجاوزت التجارب العلمية، ودخلت في نطاق الممارسة العملية الدائمة والمستمرة [٢] وهنا ينبغي للطبيب أن يتصرف وفقاً للمعطيات العلمية المكتسبة، والممارسة العملية وهناك من يفرق بين التزام الطبيب في كل من الأمرين[٣]:

حيث يرى أن هناك فرق بين الممارسة العملية والعادة الطبية وبيان هذا الفرق على درجة كبيرة من الأهمية لبيان مسئولية الطبيب عند مخالفة أيهما.

فالعادة بصفة عامة أنواع، فهناك العادة الواقعية التي توفرت على صفات القدم والثبات وعدم المخالفة للمعقول أو للآداب العامة أو للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون البلد[٤].

وهناك العادة الاتفاقية وهي التي توفرت على الشروط السابقة ويأخذ بها المتعاقدان في اتفاقهما صراحة أو ضمناً، وتصبح جزءاً من العقد، وتكون ملزمة لهما كسائر محتويات العقد باعتباره شريعة المتعاقدين، دون أن يكسبها ذلك صفة القاعدة القانونية[٥].

---

(1) Cass- Civ Lre, 4 Janv. 1974, Rev Trim . dr. Civ, 1974 , P. 822 obs Darry méme-sens, Orléans , 27fev . 1969 . Dalloz 1969 . 661. M.Harichaux art. Cit. No. 6ets.
(2) Civ14/2/1950.D.s 1950-2-5423 : Ob SVeyran " déspassé le stade de L'experimentation Scienftfique pour entrer dans la pratique courant.."

(٣) راجع في ذلك : التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية د/ السيد محمد عمران، صـ١٦ وما بعدها .

(٤) الوافي في شرح القانون المدني الجزء الأول المدخل للعلوم القانونية د/ سليمان مرقس، صـ٣٨٧ وما بعدها.

(٥) المدخل إلى القانون، د/ حسن كيرة، صـ٢١٢، الطبعة الخامسة، ١٩٧٤م، ويرى بعض الشراح أن العادة الاتفاقية لا يشترط فيها أن تكون عامة ـ كما يشترط في العادة التي تكون عرفا ـ وأنه يكفي قيامها بين شخصين اثنين متى ثبت إتباعهما إياها باطراد مدة كافية، الوافي، المدخل للعلوم القانونية د/ سليمان مرقس، صـ٣٩٣ وهامش ٣٠ وقريب من هذا المعنى نقض مدني ٤ ديسمبر ١٩٤٧ في الطعن رقم ٨٩ س

#

والغرض من هذه التسمية هو التقارب بين العادة الاتفاقية، وبين العرف الذي يقيم قاعدة قانونية بمجرد توافر شروط انطباقه، فالعادة الاتفاقية تقف في مركز وسط بين مجرد العادة وبين العرف[1] فهي تقترب من العرف في عنصره المادي وهو عنصر الاعتياد، وتقترب من مجرد العادة في انعدام قيمتها القانونية ورغم أوجه الإختلاف بين العادة الاتفاقية والعرف فإن المشرع المصري يخلط في كثير من نصوص القانون المدني بين العرف واصطلاح العادة، فيحيل في تكملة بعض العقود إلى العرف، بينما هو يقصد الإحالة إلى العادة الاتفاقية[2].

كما خلط القضاء المصري في بعض أحكامه بين العادة والعرف، وهو خلط لفظي في بعض الأحيان، وموضوعي في أحيان أخرى[3].

والحقيقة أن العادة الطبية والتي تنظم ما يجري عليه العمل الطبي وما يتميز به من خاصية الحركة والتطور، تختلف عن العادة القانونية التي تشكل عرفاً يرتبط بالطب الإنساني وتتصف بالعمومية والتجريد، وبالتي تفرض على كل الأطباء[4].

واللجوء إلى العادات المهنية يؤدي دوراً مهماً في مجال الالتزام بالمعطيات العلمية المكتسبة، بحيث يكون الأصل هو عدم اعتبار الطبيب مخطئاً إذا التزم في عمله بالعادات الطبية المتبعة، لأن هذا هو السلوك المألوف من رجل المهنة الوسط[5]، وبالتالي يكون من

١٦ف، ونفس المعنى: التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية د/ السيد محمد السيد عمران صـ١٦ هامش ١١.

(١) النظرية العامة للقانون د/ سمير عبد السيد تناغو، منشأة المعارف الإسكندرية صـ٤٣٦.

(٢) من هذا القبيل المادة (٩٥) في تكملة العقد والمادة (٤٢٢) في بيع المزاد، والمادة (٤٢٣) في تحديد ثمن البيع، والمادة (٤٣٢) في تحديد ملحقات ثمن الشيء المبيع، والمادة (٤٥٨) في استحقاق البائع لفوائد الثمن، والمادة (٤٦٢) في تحديد من يتحمل نفقات عقد البيع، والمادة (٤٦٣) في تحديد زمان ومكان تسليم المبيع، والمادة (٤٦٤) في تحديد من يتحمل نفقات التسليم .. الخ، راجع في ذلك: التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية د/ السيد محمد عمران صـ١٨، هامش ١٤.

(٣) نقض مدني مصري ١٩٤٧/١٢/٤ بحوث أحكام النقض في ٢٥ سنة ط ص ٣٣٩ فقرة ١٤٧، نقض مدني مصري في ١٩٤٠/٣/٢٨، المجموعة ج٢ ص٨٤٧ فقرة ٩٩، وينظر من قبل الخلط الموضوعي: نقض مدني مصري ١٩٣٥/١٠/٣١، المجموعة ج١ ص١٠٣، فقرة ٤٤،وفي نفس المعنى نقض ١٩٥٧/٤/١٨ مجموعة المكتب الفني س٨، ص٤٢٦.

(٤) نقض مدني مصري ١٩٤٧/١٢/٤م بحوث أحكام النقض في ٢٥ سنة ، س ١٦ صـ٣٣٩ .

(5) R.et J. savatier, Auby et Pequignot, op., cit No.280. Harichaux, L'obbigation du mêdecin de respecter les donnêes de la science, art. Cit.,no.5.

مشار إليه في: التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية د/ السيد محمد عمران صـ١٨.

الطبيعي أن يستعين القاضي، عند تقرير سلوك الطبيب، بالعادات المهنية المتبعة في مجال عمله، إذ إن الطبيب الوسط لا يفعل أكثر من جعل سلوكه مطابقاً لهذه العادات[1]، فالعادة الطبية تعد أحد المعايير التي يتعين على الطبيب احترامها وعدم الخروج عليها وإلا اعتبر مخطئاً.

ولكن إذا قام الطبيب بعلاج المريض وفقاً للأصول العلمية[2]. فإنه لا يسأل عن الآثار السيئة التي قد تحدث نتيجة لهذا العلاج، ولكن تقوم مسئوليته إذا ثبت وجود خطأ من جانبه[3].

وهذا الخطأ ينتج عادة من الإهمال الذي حدث من جانب الطبيب عند قيامه بعمله[4].

فإذا كان الطبيب له الحق في التصرف في جسم المريض فإن هذا الحق مقيد بفائدة المريض، ومصلحة المريض تأبى تعرضه لأخطار علاج لا مبرر لها[5] فيجب على الطبيب أن يتبع طرق العلاج الحديثة ويكون على دراية بها فإذا لجأ الطبيب إلى طرق في العلاج تخلى عنها أقرانه، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى قيام مسئوليته[6].

---

(١) حكم محكمة Bontoise. ٢٠ فبراير ١٩٨٠ جازيت باليه ١٩٨٠ - ١١ - ٩٥ .

(٢) حكم محكمة كولمار ١٠ يولية ١٨٥٠ دالواز الدوري ١٨٥٢ - ٢ - ١٦٩، نقض فرنسي ١٨ أكتوبر ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٥٤٩.

(٣) ينظر حكم محكمة السين المدنية في ٣ يناير ١٩٣٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٩- ٢٤، ٢٥، وينظر أيضاً ما قررته محكمة السين من قبل في ٢٠ يوليه ١٩٠٧ سيدي ١٩١٠ - ٢ - ١٥٣ في قضية تتلخص وقائعها في أن جراحاً وضع بعض البنج على بطن مريض أجرى له عملية إزالة الزائدة الدودية، فسبب له ذلك التهاباً في الأحشاء، حيث قضت المحكمة بألا مسئولية عليه لأنه لم يفعل أكثر من أن طبق نظرية طبية لها جديتها أي أنه اتبع المعطيات العلمية المكتسبة، مشار إليه في: التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية د/ السيد محمد عمران ص٤٢ هامش ٧٧. وينظر أيضاً ما حكمت به محكمة الاتحاد السويسري في ١٩٣٦/٩/١٧ في قضية تتلخص وقائعها في أن طبيباً استعمل دواءً ألمانياً جديداً لم يسبق له استعماله وأجرى للمريض حقنة تحت الجلد من دواء "التريبافلافين" بينما كان الواجب أن تعطي له حقنة في الوريد فحصل للمريض رد فعل شديد محل الحقنة، ولذا حكمت المحكمة بأن الطبيب يرتكب خطأ إن هو أجرى حقنة من دواء بغير الطريقة الأصولية في استعمالها، مشار إليه في: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الإبراشي صـ٣٢٦ .

(٤) عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون صـ٢٢٦.

(٥) مسئولية الأطباء والجراحين، د/ حسن زكي الإبراشي، صـ٢٧٤ هامش ١، ونفس المعنى: التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية ، د/ السيد محمد عمران صـ٤٤.

(٦) حكم محكمة باريس ٤ مارس ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٨ - ٢ - ٤٤٩، وينظر: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون صـ٢٢٢، ومسئولية الأطباء والجراحيين، د/ حسن زكي الإبراشي صـ٢٧٠.

ويتعين أن يُثبت القاضي أن الطبيب، بإهماله أو عدم تحرزه، قد خالف بصورة أكيدة المعطيات العلمية وأصول الفن الطبي، عن طريق استخدامه لآلات ووسائل قد هجرت ولفظها العلم[1] والحقيقة أن القاضي ليس في استطاعته تحديد ماهية الوسائل التي يمكن أن تكون مألوفة في الوسط الطبي والوسائل الغير مألوفة أو المهجورة ولذا فقد نادى البعض[2] إلى إخراج القضايا الطبية من حيز القضاء العادي لوضعها في أيدي قضاة يتم اختيارهم من بين الأطباء أنفسهم ليكون لديهم الخبرة والدراية والفهم لطبيعة عمل الطبيب ولأسبابه بالنسبة لالتزامه بأصول العمل الطبي.

ولكن هذا الرأي لاقى نقداً شديداً إلى درجة أن البعض[3] ذهب على القول بأنه "يؤدي إلى إنكار فكرة العدالة، لأنه ينطوي على أنه لا عدالة إلا خارج ساحات العدالة، بل إن الأخذ بهذا الرأي يفضي إلى وجوب وجود مجالس خاصة بالنسبة لكل طائفة من أرباب المهن للفصل في المنازعات الخاصة بها".

وإذا كان القاضي لا يستطيع أن يحيط بدقائق وخصائص الأعمال الطبية فإنه يستطيع أن يتغلب على ذلك من خلال الاستعانة بأهل الخبرة[4] في هذا الشأن[5] حيث

---

(١) التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية. د/ السيد محمد السيد عمران صـ٤٧.

(٢) مسئولية الأطباء والجراحيين المدنية/ د/ حسن زكي الإبراشي صـ٢١٢، ونفس المعنى: التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، د/ السيد محمد السيد عمران صـ٤٧.

(٣) د/ حسن زكي الإبراشي في بحثه السابق صـ٢١٢ وما بعدها، ويرى سعادته أن هذا الرأي يعد هدم للمبدأ الأساسي الذي يقضي بأن العدالة يجب أن تكون موجهة للكافة، وأن تكون واحدة بالنسبة للجميع إلى جانب أن هذا الأمر يؤدي إلى التضحية بالصالح العام في سبيل تحقيق مصالح فردية لطوائف معينة وأنه لا يحقق حتى هذه المصالح على الوجه الأكمل، حيث يخشى أن يكون الأطباء القائمون بأمر القضاء ممن يتعصبون لرأي معين، أو اتجاه خاص، فيدفعهم تحمسهم للنظريات التي يعتنقونها لإيقاع الظلم على من يخالفهم في الرأي.

(٤) ويقصد بالخبرة هنا الخبرة القضائية وهي عبارة "عن إجراء للتحقيق يعهد به القاضي إلى شخص مختص، يوصف بالخبير للقيام بمهمة محددة، تتعلق بواقعة أو وقائع مادية، يستلزم بحثها أو تقديرها، أو إبداء رأي يتعلق بها علماً أو وقتاً، ليقدم له بياناً أو رأياً فنيا لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده" وهذه هي الخبرة الرسمية وهي تختلف عن الخبرة غير الرسمية والخبرة الودية.
فالخبرة غير الرسمية هي التي يلجأ إليها أحد الأشخاص للحصول على الرأي الفني، إما استبعاداً للمنازعة في أمر معين كبيان حالة العقار الذي يريد شراءه، وإما توقعاً لنشوب منازعة للحصول على رأي في الحل الذي يجب اختياره ودياً أو قضائياً، وأما في أثناء سير الدعوى لتهيئة دليل للادعاء أو الدفاع ... وهي ما يسمى بالخبرة الاستشارية.
أما الخبرة الودية، فهي مهمة فنية يعهد بها إلى فني أو فنيين باتفاق ذوي الشأن لا بحكم القاضي، وبالتالي فالخبير الودي مجرد وكيل ولا يخضع في تأدية عمله لإجراء الخبرة القضائية.
ينظر في تفصيل ذلك: الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، د/ محمود جمال الدين زكي، القاهرة، ١٤١٠هـ ١٩٩٠م صـ١١ هامش٢ وما بعدها.

(٥) نقض مدني مصري ١٩٧٥/١١/٢٥م المجموعة السنة ٢٦ رقم ٢٧٧ صـ١٤٧٠، ونقض مدني مصري ١٩٧٥/١٢/٢٣ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٣٠٩ صـ١٦٥٣، نقض مدني مصري ١٩٦٠/٦/٢٣ المجموعة السنة ١١ رقم ٦٨ صـ٤٣٢.

يقوم الخبير بتنوير المحكمة بالأمور التي تقصر عنها معارف القاضي العامة[1] وبالتالي فإن قوام الخبرة هو بحث حقيقته العناصر الفنية المتنازع في وجودها[2].

ومهمة الخبير تقتصر على مجرد إبداء الرأي في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصاء كنهها بنفسه[3] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية[4] وبالتالي فلا يجوز للخبير إبداء الرأي في مسألة قانونية أو إجراء التحقيق أو المعاينة[5].

فالقاضي وحده هو الذي يستقل بالتكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب[6] كما أنه غير ملزم بالأخذ برأي الخبير[7] متى ظهر له فساد رأيه أو أنه يتعارض مع وقائع

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية، د/ محمد حامد فهمي، طبعة ١٩٤٠م، فقرة ٥٦٣، والخبرة في المواد المدنية والتجارية، د/ محمود جمال الدين زكي صـ٢١.

(٢) نقض فرنسي ٧ نوفمبر١٩٥٧ و٩ مارس١٩٦٤ مشار إليهم في: الخبرة في المواد المدنية والتجارية، د/ محمود جمال الدين زكي، صـ٢٢.

(٣) راجع : المادة ١٣٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٤) نقض مصري ١٩٦٩/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠، رقم ١٠٦، صـ٦٥٦، بل إن محكمة النقض ذهبت إلى أبعد من ذلك في حكم آخر لها حيث أجازت للقاضي أن يلجأ للخبير في المسائل الفنية والوقائع المادية التي يصعب على القاضي الوصول إليها فنصت على: "يجوز للقاضي أن يستعين بالخبراء في المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب النقاط الفنية التي لا تشملها معارفه، والوقائع المادية التي قد يشق عليه الوصول إليها دون المسائل القانونية التي يفترض فيه العلم بها" ينظر: نقض ١٩٧٩/٣/٢٤ مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٧، رقم ١٤٧ صـ٧٥٢، وقد تعرض هذا الحكم للنقد من قبل البعض على أساس أن القاضي لا يقوم بندب الخبير إلا في المسائل الفنية التي يعجز القاضي عن إدراك حقيقتها، لأنها تحتاج علماً وفناً خاصاً يخرج عن معارف القاضي، أما الوقائع المادية فيتعين على القاضي الجد في الوصول إليها ما دام ذلك في استطاعته، وكما لا يجوز ندب الخبير في المسائل القانونية التي يشق على القاضي الوصول إليها، فكذلك لا يجوز ندبه لواقعة مادية يشق علي القاضي الوصول إليها، لأن ذلك يؤدي إلى تفويض سلطة القاضي القضائية، ينظر تحليل هذا الحكم في: الخبرة في المواد المدنية والتجارية، د/ محمود جمال الدين زكي، صـ٢٨ وما بعدها.

(٥) التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية د/ السيد محمد السيد عمران صـ٥٥.

(٦) مسئولية الطبيب، مشكلات المسئولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، د/ أحمد شرف الدين، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٦م صـ٧٩.

(٧) مسئولية الأطباء والجراحيين المدنية د/ حسن زكي الإبراشي صـ٢١٧ هامش ١.

أخرى أكثر إقناعاً من الناحية القانونية[1] فللقاضي ألا يتقيد بالنتائج الفنية التي وضعت بين يديه، بل له أن يقدرها موضوعياً، ويمكنه أن يرفضها كلية[2].

ولكن على القاضي أن يمتنع عن رقابة العادة الطبية أو الممارسة العملية إذا كانت هذه الرقابة تستلزم منه الخوض في المعطيات العلمية وهذا ما أرسته أحكام محكمة النقض المصرية والفرنسية[3] حيث ذهبتا إلى أنه "يكون من الحكمة للقضاة ألا يتعرضوا بتهور لفحص النظريات أو الطرق الطبية، وأن يطرحوا جانباً مناقشة المسائل العلمية الخالصة".

وإذا كان التزام الطبيب الجراح بإتباع الأصول العلمية الثابتة هو المعيار الأساسي في قيام مسئوليته من عدمه فهل معنى ذلك أنه يجب أن يلم بما يعلمه كل جُراح آخر، وأن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الجراحين ؟ وهل هذا الالتزام يقتضي الجمود وعدم التجديد.؟[4]

وللإجابة على هذا السؤال يمكن لنا أن نقسمه إلى شطرين:

فبالنسبة للشطر الأول من السؤال والخاص بمدى إلمام الجراح بالمعلومات وتطبيق العلم كما يطبقه غيره، فإنه يلزم عند تقدير خطأ الجراح أن تراعى شخصيته، فالجراح العام غير الجراح المتخصص، فلا يتحمل الجراح العام -وهو من يحصل على دبلوم

---

(١) استئناف مصر ١٩٣٦/١/٢ المحاماة السنة ١٦ صـ٧١٣. نقض جنائي مصري ١٩٥٨/٦/٩، ١٩٦٠/١/٥ مجموعة القواعد القانونية (من ١٩٥٦/١/١ ـ ١٩٦٠/١٢/٢١)، جـ٣ صـ٤٧٢ رقم ٦، نقض مدني فرنسي ١٩٦٨/٦/٢٠ الأسبوع القانوني ١٩٧٠ ـ ٦٥١٣. راجع في ذلك: مسئولية الطبيب د/ أحمد شرف الدين صـ٧٩ وهامش ١٥٤.

(٢) التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية د/ السيد محمد السيد عمران صـ٦٣.

(٣) نقض مصري ١٩٧٥/١٢/٢٣ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٣٠٩ صـ١٦٥٣، ونقض مصري ١٩٦٠/٦/٢٣ المجموعة، السنة ١١ رقم ٦٨ ص٤٣٢، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الأهلية ١٩٤٣/١٢/٣٠ المحاماة، السنة ٤، ص٧٨ نقض مدني مصري ١٩٧١/١٢/٢١ المجموعة السنة ٢٢ رقم ١٧٩ ص١٠٦٢وفي نفس المعنى نقض مدني مصري ١٩٦٩/٦/٢٦ المجموعة السنة ٢٠ رقم ١٦٦ صـ١٠٧٥، ونقض ١٩٦٦/٣/٢٢ المجموعة السنة ١٧ رقم ٨٨ صـ٦٣٩.

وينظر نقض فرنسي ١٩٣٦/٥/٢٠ داللوز ١٩٣٦ ـ ١ ـ ٨٨، جبر نوبل ٤ نوفمبر ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ ـ ٧٩ وفي نفس المعنى باريس ١٩٤٦/٤/٢٦ مشار إليه راسيان ١٩٦٢/٢/١٥ جازيت دي باليه ١٩٦٢، ١، ٢٦٢، محكمة بوردو الابتدائية ٨ مارس ١٩٦٥ جازيت دي باليه ١٩٦٥ ـ ٢ ـ ٢٦٤، باريس ٣ مارس ١٩٧٢ داللوز ١٩٧٢ som ١٠١.

مشار إليهم في: التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية د/ السيد محمد السيد عمران صـ٦٧ هامش ٤٥.

(٤) ينظر: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، د/ حسن زكي الإبراشي ، صـ٢٣٥/٢٣٦ .

الجراحة العامة- بنفس الالتزامات التي يتحملها الجراح المتخصص - وهو من يحمل دراسات متقدمة تخصصيه في نوعية معينه من الجراحة كجراح القلب أو الكبد أو المخ أو الأعصاب ... الخ- فالمهنة تستلزم ترك قدر معين من الاستقلال لدى الجراح في التقدير والعمل تتناسب وحرية المهنة[1]، ولكن هناك حد أدنى في مزاولة مهنة الطب لو انحدر عنه الجراح أو الطبيب اعتبر منه ذلك إغفالاً أكيداً لواجبات مهنته[2].

أما بالنسبة للشطر الثاني من السؤال، والخاص بمسألة التزام الطبيب الجراح بنفس الطرق الأخرى والجمود وعدم التجديد، فيقتضى النفي لأن محكمة النقض الفرنسية[3] والمصرية[4] عندما قضتا بوجوب إتباع الأصول العلمية الثابتة لا تقصد من ذلك أن تفرض على الجراحين والأطباء الجمود في مزاولة مهنتهم، وإلا بقيت الأصول ثابتة أبدا الدهر، فالعلم الطبي في تقدم مستمر، وما يُعد اليوم من النظريات أو الآراء حديثا في نظر العلم قد يُعد غداً قديما، بل وقد يصبح خطأً[5].

وكل ما تقصده محكمة النقض هو أن الجراح والطبيب متى عرضت له حاله من الحالات التي تدخل في الحدود المرسومة والتي وضع لها العلم حلاً دلت الخبرة على صلاحيته فيكون الجراح والطبيب مُلزَّمين بإتباع ذلك الحل التقليدي حتى لا يتعرض المريض بالخروج عليه لخطر لا مبرر له[6] أما إذا كانت الحالة لا تدخل تماماً في نطاق تلك الحدود فيكون له حق المفاضلة بين الأساليب المختلفة ليختار وسيلة العلاج التي يراها أكثر مناسبة للحالة آلتي بين يديه.[7]

---

(١) مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، د/ حسن زكي الإبراشي ، صـ٢٣٠، والتزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، د/ السيد محمد السيد عمران ، صـ ٣٢، ومسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩١٤.

(٢) ينظر: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، د/ وديع فرج ، صـ ٤١٩-٤٢٠ .

(٣) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية "بأن الطبيب يلتزم بأن يبذل للمريض عناية لا من أي نوع كان، بل جهوداً صادقة يقظة متفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة"
Civ . ٢٠/٥/١٩٣٦ Dalloz ١٩٣٦-١-٨٨ Obs Matr. D. ١٩٣٦-١-٩٣

(٤) حيث قضت محكمة النقض المصرية في ٢١ ديسمبر ١٩٧١م بإلزام الطبيب "أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة متفقة، في غير الظروف الاستثنائية ، مع الأصول المستقرة في علم الطب"، نقض مصري ١٩٧١/١٢/٢١م المجموعة السنة ٢٢ رقم ١٧٩ صـ١٠٦٢.

(٥) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩١٦.

(٦) مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الابراشي ، صـ٢٣٦ .

(٧) ينظر: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، د/ وديع فرج ،صـ٤٢٠، والتزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، د/ السيد محمد السيد عمران ، صـ ٣٣، ومسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩١٦.

فالقاعدة: أن مسئولية الجراح تثور إذا ثبت أنه لم يؤد عمله الجراحي وفقا للأصول العلمية المقررة أو خالفها[1]، وبالتالي فيكون مسئولاً بحسب تعمده العمل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء الجراحة بالمستوى الذي ينتظره المريض[2] فهو مسئول عن كل خطأ من جانبه[3]، أما إن جنب سلوك الجراح مواطن الخطأ ومنها عدم خروجه في عمله عن الأصول العلمية الثابتة، فلا مسئولية عليه أيا كانت نتيجة تدخله الجراحي[4]، إذ لا يضمن للمريض الشفاء بل يلتزم ببذل العناية الكافية حسب ما قررته محكمة النقض المصرية [5] والفرنسية [6]، لأن القضاء مستقر على قبول وجود قدر ضروري من المخاطر مرتبط بطبيعة التدخل الجراحي لإجراء العملية الجراحية، فإن لم تنجح العملية الجراحية، بالرغم من بذل الجراح العناية المطلوبة والتزامه بالأصول الطبية الثابتة، فإنه لا مسئولية عليه تجاه المريض.[7]

ثالثاً: مسئولية الجراح عن خطأ الفريق الجراحي.

أدى التطور الطبي والفني إلى الالتجاء المتزايد إلى فريق من المتخصصين كل في ميدان تخصصه، فإذا اقتضت حالة المريض على ضوء الظروف العلمية القائمة الالتجاء إلى مجموعة من المتخصصين كان على الطبيب القيام بذلك وإلا كان مخطئًا[8].

---

(١) ينبغي أن نميز بين الحالات التي يستخدم فيها الطبيب أسلوباً جديداً أقل خطورة، أو يستخدم أسلوباً مخالفا لطريقة لم يعد معمولاً بها مع بذله عناية الطبيب الوسط، وبين الحالات التي يطبق بشأنها الطبيب أسلوباً هجر بسبب مخاطره، أو بالأحرى بسبب عدم فاعليته نتيجة جهل هذا الطبيب وإهماله، أو أن يصف علاجاً قديماً مع أن التقدم العلمي في مجال الدواء قد ألغاه لمضاره وخطورته، فلا تقوم مسئوليته في الحالات الأولى دون الثانية، راجع : حكم محكمة باريس ٣ مارس ١٩٧٢م دالواز ١٩٧٢م صـ ١٠١، مشار إليه في، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، د/ السيد محمد السيد عمران، صـ٢٩.

(٢) نقض جنائي مصري ١٩٥٩/١/٢٧م مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ، س١٠ ، ص ٥٩١ رقم ٢٣

(٣) حكم محكمة السين في ١٩٣٩/١/٣م – داللوز الأسبوعي ١٩٣٩ – Somm ٢٤–٢٥.
مشار إليه في: مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩١٨.

(٤) ينظر: مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام، د/ أحمد شرف الدين ، مجلة إدارة الفتوى والتشريع س ٢٤ سنه ١٩٨٢ ، صـ١٤٣ بند ١٧ ، صـ٢١٧.

(٥) نقض مدني مصري ١٩٧١/١٢/٢١ المجموعة السنة ٢٢ رقم ١٧٩ ص١٠٦٢.

(٦) Civ . ٢٠/٥/١٩٣٦.D. ١٩٣٦-١-٨٠

(٧) Civ . ٢٦ Juin ١٩٧٠ B. C.I.no. ٣٤- Crim . ١٣ mars ١٩٧١ , B. Crim . no ٧٨

(٨) المسئولية الطبية ، د/ محمد حسين منصور، صـ٦٦.

ولا يخفى على أحد أن هذا الفريق الطبي الذي يستخدم الأجهزة الفنية شديدة التعقيد ينبغي عليه أن يكون على قدر كبير من التعاون، ولا يمكن إغفال ما ينطوي علية إدارة هذه الأجهزة من المخاطر، والتي قد تؤدي إلى زيادة عدد حالات المسئولية الطبية[1].

وإذا ما قام الطبيب الجراح باختيار الفريق الطبي الذي يعاونه في إجراء جراحة زراعة الكبد فإن الأمر لا يخلوا من أحد احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يقوم الجراح باختيار الفريق الطبي بنفسه حيث يتولى تكوينه واختياره دون تدخل من المريض واستناداً إلى الرابطة العقدية بينه وبين المريض، ويعد الجراح رئيسًا للفريق الذي يعمل تحت إمرته، فهو يدير وينسق كل أنشطة مساعديه إذ في أغلب الأحوال لا يعرف المريض سواه.

ونظرًا للاتفاق القائم بينهما فإن الجراح يسأل تعاقديًا في مواجه المريض عن الأخطاء التي يرتكبها أفراد مجموعته[2] من ممرضات ومساعدين[3]، فإذا ما وقع خطأ من أحد أفراد الفريق الطبي أدى إلى حدوث ضرر بالمريض فإن الجراح يكون مسئولاً عن هذا الخطأ تجاه المريض على اعتبار أنه مسئول عن فعل الغير تلك المسئولية التي ارتبطت بتطور فكرة الفريق الجراحي وذلك وفقاً للمادة ١٣٨٤/٥ مدني فرنسي، والمادة ١٧٤ مدني مصري [4].

وحول الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد إليه في القول بمسئولية الجراح عن فعل الغير وقع خلاف بين الفقه والقضاء وانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلى القول بأن مسئولية الجراح تجاه المريض عن خطأ الفريق الجراحي الذي اختاره للعمل معه إنما هي مسئولية تقصيرية على اعتبار علاقة التبعية بين الجراح، والفريق الجراحي باعتباره رئيس الفريق الجراحي حيث يكون الجراح في هذه الحالة متبوعاً لأنه في غرفة العمليات يكون في مركز من يوجه منه الأوامر والتعليمات

---

(١) الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي الشوا، صـ٣٦٠.

(٢) المسئولية الطبية ، د/ محمد حسين منصور، صـ ٦٧.

(3) Civ. 18 oct. 1960 J.C.P. 1960. 11846 note Savatier – Paris 23 nov. 1959 J.C.P. 1960. 11469. note Savatier.

(٤) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد، صـ٩٤٠.

إلى تابعه (الفريق الجراحي)[١] فالجراح باعتباره متبوعاً والفريق الجراحي تابعاً فيكون الجراح مسئولاً مدنيا تجاه المريض.[٢]

وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها نحو مسايرت هذا الاتجاه حيث قضت بعد استعراض وقائع القضية التي قضت فيها محكمة استئناف باريس والتي قامت فيها رئيسة الممرضات بحقن المريض من أجل تخديره قبل إجراء العملية الجراحية له مباشرة، حيث حدث شلل في ذراع المريض، فقاض المريض الجراح فقضت محكمة استئناف باريس بمسئولية الجراح طبقا للمادة ١٣٨٤/٥ مدني فرنسي والتي تنظم مسئولية المتبوع عن أفعال التابع وأيدت محكمة النقض هذا الحكم قائلة " .. وبسبب رابطة التبعية الموجودة بين الجراح والممرضة فإن المسئولية عن أفعال هذه الأخيرة التي تقع عادة على عاتق المستوصف تكون في هذه الحالة محولة إلى عاتق الجراح، باعتباره متبوعاً عرضياً.

وقد أسست محكمة النقض حكمها السابق على أساس المسئولية التقصيرية حيث توجد علاقة التبعية بين الجراح، وأعضاء الفريق الطبي، وعلى أي حال فإن المسئولية تعد تقصيرية عندما لا يكون التدخل الجراحي قد تم بناء على اتفاق بين المريض والجراح، فهذا الأخير يعد مسئولاً كمتبوع عن مساعديه الذين يعتبرون تابعين بصفة عرضية (مدة إجراء العملية) [٣].

أما الرأي الثاني: فقد ذهب أصحابه إلى القول بأن مسئولية الجراح في حالة قيامه بتكوين الفريق الطبي دون تدخل من المريض، وبناء على الرابطة العقدية بينهما، إنما تكون مسئولية عقدية عن فعل الغير، أما إذا لم توجد رابطة عقدية بينهما فإن مسئولية الجراح هنا تكون مسئولية تقصيرية عن فعله الشخصي وأيضا عن فعل الفريق الطبي استنادا إلى توافر رابطة التبعية بينه وبين الفريق الطبي باعتباره رئيساً لهذا الفريق داخل غرفة العمليات .[٤]

---

(١) ينظر: مسئولية المتبوع باعتباره حارسا، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، بند ٤٤ ، صـ٤٣، طبعة ١٩٧٦م.

(٢) Paris ٢٢ Juin ١٩٤٣ , Gazette de palais ١٩٤٣, ٢,٩٠.

(٣) Civ. 15 nov. 1955 D. 1955 D. 1956. 113.

مشار إليه في: المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ٦٧.

(4) Versaille , 11 dec , 1970 , J.C.P. 1971,11,16755, Note N.S.

وانتقد أصحاب هذا الرأي فكرة اللجوء إلى المسئولية التقصيرية، كأساس لمسئولية الجراح عن الفريق الطبي تجاه المريض في ظل وجود الرابطة العقدية بين الجراح والمريض، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ القانونية المستقرة في تحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية، والتي تمنع الخيرة أو الجمع بينهما[1].

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في بعض أحكامها حيث أقرت بأن مسئولية الجراح عن فعل الغير إنما هي مسئولية عقدية[2].

الترجيح: يمكن لنا القول بأن الرأي الثاني والذي يذهب أنصاره إلى إقامة مسئولية الجراح عن الفريق الطبي على أساس قواعد المسئولية العقدية هو الراجح للأمور التالية:

- لاتفاقه مع المبادئ القانونية المستقرة والتي تقر عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية،وعدم الجمع بينهما[3]، وبالتالي يمكن للمريض في هذه الحالة أن يستفيد من مسئولية تضامنية بين الجراح، وأعضاء الفريق الجراحي الذي يعمل معه في الجراحة.[4]
- أن في القول بتأسيس مسئولية الجراح عن خطأ الفريق الطبي على أساس المسئولية التقصيرية في ظل وجود العلاقة العقدية بين الجراح والمريض استناداً إلى رابطة التبعية بين الجراح والفريق الطبي ما يشكل صعوبة تجاه المريض حيث سيضطر إلى ضرورة إثبات توافر هذه التبعية بين الجراح والفريق الطبي، وكثيراً من الأحيان يكون الإثبات صعبا على المضرور بعكس القول بتأسيس مسئولية الجراح تجاه فعل الفريق الطبي على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير حيث ستكون مهمة المريض المضرور سهله ويسيرة لأنه لن يلتزم بإثبات وجود رابطة التبعية [5].

---

(١) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد، صـ٩٤٣.
(٢) ينظر: المسئولية الجنائية للأطباء، د/ أسامه قايد ، صـ ٧٦ بند ٤٥.
(٣) ينظر: مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية، د/ رأفت محمد حماد، صـ٩٤٤.
(٤) ينظر: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية ، د/ محسن عبد الحميد البيه، صـ ٨٧ .
(٥) ويمكن تبرير الأساس القانوني للمسئولية العقدية عن فعل الغير بأنها تقوم على أساس وجود التزام مصدره القانون يفرض على المدين "الجراح" ضمان أخطاء الجراحين الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته

#

- أن في القول بإقامة مسئولية الجراح عن فعل الفريق الطبي على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير ما يجعل الجراح في حالة دائمة من الدقة واليقظة والإدراك، تجاه الفريق الطبي الذي يعمل معه طالماً أنه سيكون المسئول عن الخطأ الذي يقع من الفريق الطبي دون حاجة إلى إثباته حيث يفترض الخطأ في جانبه طبقاً للمسئولية العقدية، ولذا فإنه يمكن القول بأن الجراح الذي أبرم عقد العلاج مع المريض يكون مسئولاً مسئولية عقدية سواء كان الضرر الذي لحق بالمريض ناتجاً عن فعله الشخصي، أو عن فعل الفريق الطبي الذي أختاره للعمل معه في العملية الجراحية على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير وفقا للمبدأ العام لأنه هو الذي أبرم العقد الرئيسي مع المريض بقصد إجراء الجراحة ومستلزماتها وخاصة في ظل توافر شروط قيام المسئولية عن فعل الغير[1].

الاحتمال الثاني: قيام المريض باختيار الفريق الجراحي الذي يتولى إجراء الجراحة دون أن يسمى رئيسا للفريق الجراحي:

وفي هذه الحالة يتم يتشكل الفريق الجراحي بمعرفة المريض دون أن يسمى رئيساً لهذا الفريق الجراحي، حتى يكون مسئولاً عن أخطاء الفريق كما في الصورة الأولى، وهنا قد يحدث ضرراً يلحق بالمريض أثناء العمل الجراحي، وبالتالي فإننا سنكون أمام مسئولية عدة جراحين عن ضرر وقع للمريض وهنا ينبغي لنا أن نفرق بين حالتين:

إذا أمكن تحديد الجراح الذي أحدث الضرر بخطئه فإنه يكون مسئولاً عن خطئه الشخصي تجاه المريض، وتكون مسئوليته هنا مسئولية عقدية .

التعاقدية المتمثلة في إجراء الجراحة، ينظر: المسئولية العقدية عن فعل الغير، أساسها وشروطها دراسة مقارنة، د/ حسن أبوالنجا ، صـ ٤٢ وما بعدها، ط ١٩٨٩م ، مكتبة دار الثقافة الجامعية.

(١) والتي تتمثل في هذه الحالة في : ١- وجود العقد الصحيح بين الجراح والمريض. ٢- قيام الجراح باختيار الجراحين في الفريق الجراحي وتكليفهم بتنفيذ كل أو بعض التزاماته تجاه المريض الناشئة عن العقد بينهما.

٣-وقوع خطأ من الجراحين المساعدين له في تنفيذ الالتزام بالجراحة نتج عنه ضرر للمريض. ينظر: المسئولية العقدية عن فعل الغير، أساسها وشروطها، د/ حسن ابو النجا ، صـ ٦٥.

أما إذا لم يتمكن القاضي من تحديد الجراح الذي ارتكب الخطأ وتسبب في الضرر الذي لحق بالمريض، أي كان الخطأ شائعا بينهم، واستحال على القاضي تحديد نصيب كل جراح من الخطأ في الفريق الطبي "الجراحي" الذي ساهم في العملية الجراحية.

فقد اتجه القضاء إلى القول بمسئولية الفريق الجراحي، ولكن نجد أن معظم أحكامه اتجهت إلى الأخذ بفكرة المسئولية التضامميه [1] بين القائمين على العمل الجراحي، حيث لم يعترف القضاء صراحة بفكرة الفريق الطبي.[2]

والواقع أنه في هذه الصورة تقوم روابط عقدية متعددة بين المريض وكل جراح في الفريق الجماعي، وبالتالي نكون إمام تعدد المسئوليات ولكن التمسك بمسئولية هذا العضو أو ذاك في نطاق فكرة المسئولية التضاممية التي أخذ بها القضاء، قد يفضى إلى إعفاء أعضاء الفريق الجراحي من المسئولية وخاصة في حالة عدم إمكان تحديد المسئول بينهم عن الخطأ .[3]

ولذا يرى البعض[4] بأن الحل المناسب لهذه المشكلة يكمن في إضفاء فكرة الشخصية الاعتبارية على الفريق الجراحي، وخاصة أن محكمة النقض الفرنسية قد

---

(١) يطلق على الالتزام التضامني في القانون الفرنسي Obligation أو Obligation autatal Msolidum ، ويؤثر الأستاذ الدكتور السنهوري أن يسمى الالتزام بالتضامن ليقابل الالتزام التضامنى ، وهو التزام يقوم على تعدد المدينين مع التزام كل منهم أمام الدائن بالدين كله، وتكون ديونهم متميزة عن بعضها البعض لتعدد مصادرها وإن تمثلت في ادعاءات متماثلة ، حيث تتجه جميعا إلى غرض واحد ، وهو إشباع حاجة الدائن ، ويقع ذلك إما بالصدفة، وإما إثر ظروف لا دخل للدائن بها، ينظر: لمعرفة الالتزام التضامني والتضامى بالتفصيل، التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارنة بالقضائين الفرنسي والمصري ، د/ محسن عبدالحميد البيه، طبعة مكتبة الجلاء المنصورة سنه ١٩٩٠م، والوسيط، د/ السنهورى، جـ٣ المجلد الأول ، أوصاف الالتزام والحوالة ، صـ ٣٢٢ ، هامش رقم (٢).

(٢) Civ ٩ mai ١٩٧٣ J.C.P. ١٩٧٤ , ١١,١٧٦٤٣ . Civ ٩ Jiuil ١٤٦٣, S. ١٩٦٤, ١٢٩

(٣) ينظر: مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية، د/ رأفت حماد، صـ٩٤٩.

(٤) د/ رأفت محمد حماد، حيث يرى أن الفريق الطبي قد تكونت فيه عناصر الشخصية الاعتبارية، من حيث إنه يتكون من مجموعة من الجراحين بطريقة عمديه، وأن شخصية الفريق الجراحي ما هي إلا حقيقة قانونية، لأن شخصية الفريق الجراحي قائمه على مصلحة اجتماعية ثابتة، وهى تتمثل في أن هدف هذا الفريق هو علاج المريض وهو هدف مشروع، كما أن الشخصية للفريق الجراحي تتجسد في حد أدنى من التنظيم، حيث يوجد لدى هذا الفريق الجراحي القدرة للتعبير عن إرادته متمثلا في رئيس الفريق الجراحي والذي غالبا ما يكون كبير الجراحين، علاوة على أن هذا الفريق الجراحي يتسم بالاستقرار والدوام لأنه يسبقه إعداد، وتنظيم، وتحديد دور كل جراح في الفريق الجراحي على نحو محدد وواضح، راجع ذلك : مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية، د/ رأفت محمد حماد، صـ ٩٥٠ وما بعدها.

أكدت ذلك بقولها " بان الشخصية الاعتبارية ليست من خلق المشرع وإنما هي تخص - من حيث المبدأ - كل جماعة مزوده بإمكانية التعبير الجماعي من أجل الدفاع عن مصالح مشروعة، جديرة ومن ثم بالاعتراف القانوني بها وبحمايتها "[1].

وبالتالي فإن كل جراح عضو في الفريق الجراحي يكون مسئولاً هنا مسئولية شخصية وتضامنية تجاه المريض باعتباره دائنا للفريق الجراحي وذلك لأن مسئولية الجراح في الفريق الجراحي "الطبي" أشبه ما تكون بمسئولية الشريك المتضامن في شركة التضامن[2]، فالفريق الجراحي ما هو إلا صورة شبية بشركة التضامن التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وبالتالي فيمكن للمريض أن يرجع بالتعويض على الفريق الجراحي باعتباره شخصية اعتبارية[3].

ولكن هذا القول بإقامة مسئولية الفريق الطبي على أساس وجود شخصية اعتبارية له لم تلقى القبول لدى البعض[4] وذلك على أساس أن الفريق الطبي " الجراحي" لا يتمتع بذمة مالية خاصة به، ومستقلة عن ذمه أعضائه، بما يعنى أن التعويض الذي سوف يحكم به للمضرور على هذا التجمع، سوف تتحمله الذمم المالية الخاصة لمكونيه.

ويمكن الرد على ذلك: أن الذمة المالية المستقلة للشخص المعنوي ما هي إلا نتيجة لاكتساب الشخصية المعنوية وليست شرطاً في اكتساب الشخصية المعنوية، كما أن ذمة الفريق الجراحي، إنما هي امتداد أعضائه، فالشخص المعنوي ليس له ذمة خاصة به

---

(1) Civ 20/1/1954 , Dalloz 1954-217et note LEVASSEUR (G), Civ 17/1/1955. Dalloz 1956-266et note Houin.

حيث اعترفت المحكمة في هذا الحكم لجماعة الدائنين في الإفلاس أو الإعسار بالشخصية الاعتبارية .

(٢) نص المشرع في المادة ٢٠ من القانون التجاري على أن شركة التضامن هي: "الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار على وجه الشركة بعنوان مخصوص يكون اسما لها"، ثم نص في المادة ٢٢ على أهم خصائص شركة التضامن وهى المسئولية التضامنية للشركاء بقوله: "الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها". ومما سبق نجد أن الشريك في شركة التضامن مسئول مسئولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة في مواجهة الغير، ويكون باطلا كل اتفاق يعفي الشريك من التضامن ، لأن حكم المادة ٢٢ سالفة الذكر متعلق بالنظام العام بحيث يمتنع الاتفاق على عكسه.

ينظر: الوجيز في القانون التجاري ، الجزء الأول د/ مصطفى كمال طه، طبعة ١٩٧١م ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، صـ ٢١١ — ٢١٥، والقانون التجارى ، د/ محمد بهجت عبد الله فايد ، الطبعة الأولى ١٩٩٠/١٩٩١م، دار النهضة العربية، صـ٣٥٨-٣٦٢.

(٣) مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية، د/ رأفت محمد حماد، صـ ٩٥٢ .

(٤) مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، د/ محمد شكري سرور ، ط دار الفكر العربي١٩٨٣م، صـ ١٠٨ .

وذمته منحصرة في ذمة أعضائه، وما يترتب من ديون نتيجة تصرف أحد الأعضاء في الفريق الجراحي لا يتوقف وفاؤه على رأس مال الفريق الطبي بل يتجاوزه إلى أموال أعضاء الفريق الجراحي الخاصة الخارجة عن عقد إنشائه وذلك لأن الدين عند ثبوته في ذمة أحد أعضاء الفريق الجراحي قد ثبت باعتباره مباشراً للعقد بالاصالة عن نفسه، وبالوكالة عن باقي أعضاء الفريق الجراحي[1]، فكان للمريض صاحب الحق في الدين المتمثل في التعويض الرجوع على أموال الأعضاء الجراحين الخاصة بمقدار نصيبه في التعويض أو بكل التعويض باعتباره مسئولا مسئولية شخصية وتضامنية أي أن المريض يمكنه أن يرجع على أي جراح في الفريق الجراحي الطبي بكل التعويض باعتباره متضامناً[2] وعلية بالتالي أن يرجع على باقي الأعضاء في الفريق الجراحي بحسب نصيب كل منهم في الخطأ أو بالتساوي إذا لم يمكن تحديد نصيب كل جراح في الخطأ الذي ساهم في إحداثه بفعله وكان شائعاً وللمريض أيضا أن يرجع على أي جراح في أمواله الخاصة باعتباره مسئولاً مسئولية شخصية عن الأضرار التي تحدث من الفريق الجراحي في أمواله الخاصة.

الخطأ الطبي في المستشفيات:

قد يلجأ المريض إلى المستشفى لإجراء جراحة وفي هذه الحالة قد يقع خطأ من جانب الجراح أو أحد معاونيه، مما يترتب عليه ضرر للمريض وهنا يثور السؤال وهو من المسئول عن تعويض هذا الضرر ومن يتحمل مسئوليته؟

بالنظر في أحكام القضاء نجد أن محكمة النقض المصرية قضت في هذه الحالة بأنه لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر الذي يصيب المريض بسبب خطأ الأول إلا على أساس المسئولية التقصيرية، حيث أنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما[3].

---

(١) التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف، د/محسن عبد الحميد البية ، صـ ٩٨ .

(٢) وقد قرر واضعوا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري – تعليقاً على المادة ٢٣٦ من هذا المشروع– أنه في حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين ، دون أن يكون في الوسع تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم ... وفى هذه الحالة لا يكون ثمة مانع من تقرير التضامن بينهم جميعا، ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢، صـ ٣٨٣.

(٣) نقض مدني : ١٩٦٩/٧/٣م، المجموعة س٢٠، ص١٩٤.

وإن كان الأمر يختلف بالنسبة لمسئولية المستشفى الخاص حيث يحكم العلاقة بينه وبين المريض عقد الاستشفاء المنعقد بينهما[1].

ويتجه القضاء إلى تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية عند تحديد مسئولية المستشفى العام عن الضرر الذي يصيب المريض[2].

أما عن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمستشفى، فقد ذهب اتجاه إلى أن استقلال الطبيب في أداء عمله من الناحية الفنية يمنع من كونه تابعًا لشخص آخر إن لم يكن طبيبًا مثله يمكنه مراقبته في مثل هذا العمل[3].

وقضت محكمة مصر الأهلية في هذا الصدد — بخصوص مسئولية إدارة المستشفى الخاص— أن الطبيب لا يعتبر على العموم تابعًا للمستشفى أو الجهة التي يعمل فيها إلا إذا كان مدير تلك الجهة طبيبًا مثله حتى يمكنه رقابة عمله[4].

إلا أن الراجح هو أن الطبيب يعتبر تابعًا للمستشفى الذي يعمل بها، وأن علاقة التبعية القائمة بين الطبيب والمستشفى، ولو كانت علاقة تبعية أدبية فإنها تكفي لأن يتحمل المستشفى —طبقًا لقضاء محكمة النقض — خطأ الطبيب[5].

فطبقًا لقضاء نفس المحكمة أن علاقة التبعية تقوم كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة وفي التوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية[6]، فمناط علاقة التبعية أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه ومحاسبته[7] ولا يلزم لقيام رابطة التبعية أن تجتمع للمتبوع سلطة الإشراف الفني والإداري على التابع[8].

---

(1) Bontoise 20. 2. 1980 G.P. 1981. 1. 95.

(٢) نقض مدني في ١٩٦٦/٣/٢٢ س١٧، ص٦٣٩ — و ١٩٧١/١٢/٢١، ص٢٢، ص١٠٦٢.

(٣) مسئولية الطبيب وكيفية تقدير خطئه، د/ سليمان مرقس، مجلة القانون والاقتصاد س٦٧، صـ١٧٥.

(٤) مصر الأهلية ١٩٣٥/٢/٤، المحاماه ص١٦، ص١٧٩.

(٥) نقض ١٩٣٦/٦/٢٢، مجموعة عمر ١١٥٦/٦، السنهوري ص١١٥٦.

(٦) نقض ١٩٦٧/١١/٧، س١٨، ص١٦١٤.

(٧) نقض ١٩٧٧/١١/١، س٢٨، ص١٥٩٢، ٧٧/١/٣١ س٢٨، ص٣٢٢.

(٨) الوسيط ، للسنهوري ص١١٤٩، ١١٥٤، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي يعالج فيه المريض، ولو كانت علاقة تبعية أدبية، كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب، نقض مدني ١٩٣٦/٦/٢٢ مجموعة عمر ١ صـ١١٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان قيام رابطة التبعية لا يقتضي أن يكون المتبوع حرًا في اختيار تابعه إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح في مستشفى عام على الطبيب الذي عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير، ومن ثم فإن هذا الأخير لا يعتبر تابعًا للأول في حكم المادة ١٧٤ مدني.[1]

فالصيدلي يعتبر تابعًا لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنيًا، لأنه هو الذي اختاره وعليه رقابته[2].

ولكن لا يعتبر المقاول متبوعًا لطبيب إذا نظم المقاول عيادة لعماله بالمجان واستخدم فيها الطبيب وكان هذا حائزًا على المؤهلات اللازمة.[3]

وطبقًا لقضاء محكمة النقض فإن مسئولية المتبوع 'الحكومة' عن تابعه ليست مسئولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع منها وإنما تقوم مسئوليتها على أساس الخطأ الحاصل من الغير، وهو الموظف التابع لها وبذلك تكون متضامنة مع تابعها ومسئولة قبل المضرور عن أفعاله غير المشروعة، وهي ليست مسئولة بصفتها مدينة معه[4].

وطبقًا لقضاء المحكمة الإدارية العليا فإن للمرفق العام أن يرجع على موظفه المخطئ لاسترداد التعويض الذي أداه للمضرور وفقًا للمادة ٢٩٧ مدني. ويقسم التعويض بين المتبوع والتابع بنسبة اشتراك كل منهما في الخطأ[5].

ورجوع الإدارة على الموظف يكون بدعوى الحلول محل المضرور الأصلي التي تخضع للقواعد العامة في القانون المدني، ولكن الإدارة غير ملزمة بإتباع هذا الطريق لاسترداد نصيب تابعها فيما أدته من تعويض بل أنها تستطيع أن تلجأ إلى التنفيذ الإداري المباشر[6].

---

(١) نقض مدني ١٩٦٩/٧/٣ س٢٠، صـ١٠٩٤.
(٢) استئناف مختلط ١٩٢٢/٣/١٦، م٣٤، صـ٢٤٠.
(٣) استئناف مختلط ١٩١١/١٢/١٥ م٢٣، صـ١٨٣.
(٤) نقض ١٩٥٤/١٢/١٦، س٦، صـ٢٧٠.
(٥) المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٩/٢/٤، النشرة المؤقتة لمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٢٤ قضائية صـ٤٦، ١٩٦٤/٢/٥، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة المذكورة في عشر سنوات (١٦٥٥ — ١٩٦٥) صـ١٣٢٢.
(٦) المحكمة الإدارية العليا ١٩٦٥/٦/٦، مجموعة المبادئ صـ١٤٢٥.

المطلب الثاني

ركن الضرر في عملية زراعة الكبد

مفهوم الضرر في الفقه القانوني:

تقوم المسئولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر(1)، فللضرر أهمية بالغة لقيام مسئولية الطبيب، فهو جوهر المسئولية وركنها الثاني، وإذا تخلف هذا الركن لا تنجح دعوى المسئولية؛ تطبيقًا لمبدأ"لا دعوى بغير مصلحة(2)"، فلا يكفي مجرد وقوع الخطأ، ولا يكون هناك محل لتعويض المريض ما لم يثبت أن هذا الخطأ قد ألحق به ضررًا ما، فمتى توافرت علاقة السببية بين الضرر والخطأ، قامت المسئولية(3)، وسوف أتعرض لمفهوم الضرر في اللغة ثم لمفهومه لدى رجال الفقه القانوني:

الضرر لغة: ضد النفع(4)، وجاء كذلك بمعنى النقص في الأموال والأنفس(5).

واصطلاحاً: عرفه الفقه القانوني -بوجه عام- بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن(6)، فهو يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به.(7)

وللضرر صورتان، فقد يكون ماديًا، وقد يكون معنويًا.

فالضرر المادي: هو الذي يصيب الشخص في جسده أو في مصلحة مالية له(8)، ومثاله في نطاق المسئولية الطبية، ما يتكبده المريض من نفقات علاجية، أو عدم قدرته

---

(1) مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ أنور سلطان ، منشورات الجامعة الأردنية، ط1 ، عمان، سنة 1987، صـ239.

(2) نظرية الالتزام في القانون المدني، د/ أحمد حشمت أبو ستيت، صـ435.

(3) الضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المعاصر، د/ محمد نصر رفاعي، صـ704.

(4) مختار الصحاح للرازي، صـ379، مادة (ض ر ر).

(5) القاموس المحيط للفيروزآبادي، جـ2، صـ74، فصل الضاد، باب الراء.

(6) الوافي ، د/ سليمان مرقس، صـ 133و صـ552.

(7) الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ1 ، صـ932.

(8) المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية، د/حسين عامر ، صـ333.

على مزاولة عمله الذي يقتات منه سواء بصورة مؤقتة أو بصورة دائمة، وما يترتب على ذلك من خسائر مالية له.

أما الضرر المعنوي: فهو كل ما يمس للمضرور مصلحة مشروعة دون أن يسبب له ذلك خسارة مالية[1]، كالإضرار بسمعته أو شرفه أو ما يسببه له من ألم جسماني وألم نفسي[2]، ولا تختلف شروطه عن شروط الضرر المادي، إلا إنه حق شخصي بحت[3]، ولا ينتقل للورثة إلا إذا كانت قيمته محددة بمقتضى القانون أو الاتفاق، أو كان الدائن قد طالب به أمام القضاء[4].

ويجب أن ينطوي الضرر، في أي من صورتيه، على إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمريض[5]، كأن يُحرم من مزاولة حياته بصورة طبيعية، كحرمانه من الحق في سلامته الجسدية، وما يترتب على ذلك من حرمانه من العمل والتكسب.

ويشترط في الضرر، أيًا كانت صورته ماديًا أو أدبيًا، شرطان، الأول، أن يكون وقوعه محققًا، والثاني، أن يكون مباشرًا.

الشرط الأول: أن يكون الضرر محققًا[6]، بأن يكون قد وقع بالفعل، أو أن يكون وقوعه مؤكدًا، ومثال الضرر الذي وقع فعلاً وفاة المريض، أو إصابته بعاهة أو تشوه إثر إجراء جراحة له، ومثال الضرر المستقبل المؤكد الوقوع، إصابة المريض بعاهة كفقد الإبصار بإحدى عينيه، وأن تثبت التقارير الطبية أنه بحاجة إلى إجراء جراحة خلال بضع سنوات لمنع مضاعفات هذه العاهة لئلا يفقد الإبصار في عينه الأخرى [7]، ففي هذه الحالة يكون من حق المريض أن يطالب بالتعويض عما سينفقه في هذه الجراحة المستقبلية[8].

---

(١) الوافي، د/ سليمان مرقس، صـ٥٥٣.
(٢) التعويضات عن الأضرار الجسدية، د/ أحمد شرف الدين، صـ١٥.
(٣) المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية، د/حسين عامر ، صـ٣٤٢، وما بعدها.
(٤) ينظر: نص المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري.
(٥) مسئولية الأطباء والجراحين ، د/ حسن زكي الإبراشي ، صـ١٨٦، والمسئولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، د/ سعد سالم العسيلي، رسالة دكتوراه، جامعة قاريونس ، بنغازي بليبيا ١٩٩٤م ، صـ٢٢٣.
(٦) عرفت محكمة النقض المصرية الضرر المحقق بقولها "إن الضرر يكون محققًا إذا كان واقعًا فعلاً، أو كان سيقع حتمًا" نقض مصري ١٣ مايو ١٩٦٥، المجموعة الرسمية لأحكام محكمة النقض، ع١٦، رقم ٩٣، صـ٥٧٠.
(٧) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٣٤.
(٨) المسئولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، د/ سعد سالم العسيلي، ، صـ٢٣١وما بعدها.

ويختلف الحال فيما إذا كنا بصدد مجرد ضرر احتمالي، وهو الذي لا يمكن التحقق من أنه سيقع، ومثل هذا الضرر ينتفي عنه شرط التحقق، ومن ثم لا يعوض عنه[1] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية[2]، ويمكن التمثيل لهذا الضرر، بما يصيب الوالدين من ضرر لوفاة ابنهما الحادث نتيجة خطأ طبي، حيث لا يمكن الجزم بأن هذا الابن كان سيعول والديه فيما لو امتد به العمر، وبالتالي فإن ما أصاب الوالدين من ضرر لا يكون محلاً للتعويض[3].

ويجب التفرقة بين تفويت الفرصة وبين الضرر المحتمل، فتفويت الفرصة ضرر محقق الوقوع وليس احتماليا، ومثالها من يفوت بخطئه على طالب فرصة دخول الاختبار، فله حق التعويض عن مجرد تفويت الفرصة عليه بخطأ المسئول، فهو لا يطالب بالتعويض عن ضياع الميزة التي كان سيحصل عليها، وإلا أصبح في هذه الحالة يطالب بالتعويض عن ضرر احتمالي[4].

والحقيقة أن الضرر عن فوات الفرصة متصور بل ووارد في المجال الطبي ولذا ينبغي أن نتعرض له بشئ من التفصيل المناسب.

مفهوم الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة:

الأصل – كما سبق – أن الضرر الذي يقبل التعويض عنه، هو الضرر المحقق سواء كان هذا الضرر قد وقع بالفعل، أو أن وقوعه في المستقبل لا محالة فيه[5] أما الضرر

---

(١) ينظر: مصادر الالتزام، د/ عبدالمنعم فرج الصدة، صـ٥٣٠، وما بعدها، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٣٥ .

(٢) حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن "مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل لا يكفي للحكم بالتعويض، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر في تقدير التعويض المحكوم به للمطعون عليها الأولى على ما أصابها من ضرر مادي على القول بأنها كانت تعتمد في معيشتها على ابنها المجني عليه سالف الذكر قبل ذلك كان يعول فعلاً والدته على وجه مستمر ودائم، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه التقصير في التسبيب". (طعن مدني ٤٩٤ لسنة ٤٩ بتاريخ ١٧ مارس ١٩٨١ مشار إليه في: الموسوعة القانونية في المهن الطبية، م/ عدلي خليل، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٩، صـ١٥٤، ١٥٥.

(٣) المسئولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، د/ سعد سالم العسيلي ، صـ٢٣٧.

(٤) نظرية الالتزام في القانون المدني، د/ أحمد أبو ستيت، صـ٤٣٧، ٤٣٨.

(٥) الوافي في شرح القانون المدني، د/سليمان مرقس، صـ٥٤٤.

المحتمل فلا يكون محلاً للتعويض ما لم يقع بالفعل فيصير محققًا، وبالتالي يتقرر تعويضه أو يزول احتمال وقوعه فيتأكد عدم تعويضه[1].

وخروجًا على هذا الأصل، فقد ظهر اتجاه في الفقه والقضاء يرى جواز التعويض عن "الفرصة الفائتة"، وتتبلور هذه الفكرة في حالة ما إذا كانت هناك فرصةٌ أمام شخص لتحقيق كسب معين، أو تجنب خسارة معينة، فإنه وإن كانت هذه الفرصة مجرد أمل يرجو الشخص تحقيقه – ومن ثم فإن تحقيق تلك الفرصة أمر احتمالي قد يحدث وقد لا يحدث – إلا أن الحيلولة بين هذا الشخص وبين محاولة تحقيق فرصته، تقضي على هذا الاحتمال، وتحيل الفرصة التي كانت أملاً محتملاً إلى أمر مستحيل.

وهذه الفكرة تنطبق تمامًا على فرصة المريض في الشفاء، فهي مجرد أمل احتمالي، إذ لا يمكن الجزم – بداهة – أن علاج الطبيب للمريض يؤدي إلى شفاء الأخير، ولكن على أية حال فرصة الشفاء قائمة، والضرر الذي يترتب على عدم تحققها ضرر احتمالي، كما أن الكسب المتوقع من العلاج كسب احتمالي، ولكن ذلك الضرر الاحتمالي، الذي يمكن أن يترتب على عدم شفاء المريض، قد يفضي إليه ضرر محقق يقع نتيجة خطأ الطبيب الذي يفوت على مريضه – بهذا الخطأ – كل فرصة للشفاء، والضرر المحقق هنا هو تفويت الفرصة ذاتها، إذ إن هذا التفويت قطع على المريض كل أمل في تحقق الكسب الاحتمالي (الشفاء)[2].

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة حيث صدر أول حكم يتضمن إقرار التعويض عن تفويت الفرصة سنة ١٩٦٥[3]، وقرر أن "مجرد وجود قرائن تكشف عن أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة لخطأ الطبيب، ولو لم تثبت علاقة السببية بين الخطأ الذي نسب إليه والضرر الذي لحق المريض، كافيًا لتقرير

---

(١) وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الأصل حين نقضت الحكم المطعون فيه لإغفاله إدخال عناصر الضرر المستقبل في التعويض، بقولها "وإذ يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبًا بالقصور". نقض مدني ٨ فبراير ١٩٧٧، س٢٨، رقم ٤٨٥، مشار إليه في: الموسوعة القانونية في المهن الطبية، م/ عدلي خليل، صـ١٥٥، ١٥٦.

(٢) ينظر: المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٤٠ .

(٣) نقض مدني فرنسي ١٤ ديسمبر ١٩٦٥ الأسبوع القانوني، ١٩٦٦ – ٢- ١٤٧٥٣، مشار إليه في: المسئولية المدنية عن التجارب الطبية، د/ سهير منتصر، صـ١١٠.

مسئولية الطبيب، ويكون للقاضي أن يقدر التعويض الجزئي المناسب، على أساس أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة الشفاء، والتي يقدر القاضي احتمالات حدوثها".

ثم تواترت أحكام محكمة النقض بعد ذلك مقررة هذا المبدأ، حيث قررت قيام مسئولية الطبيب دون أن يثبت لديها توافر الخطأ في جانبه [1].

وفكرة التعويض عن فوات الفرصة تقف ورائها اعتبارات عملية تتمثل في منح المريض — وهو الطرف الضعيف — قدرًا أكبر من الحماية بتخفيف عبء الإثبات عنه، خاصة في حالات التدخل الجراحي التي يتعذر عليه فيها إثبات السببية، ولذلك فهي تعد إحدى وسائل إعادة التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب والمريض[2].

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هي حقيقة الفرصة الفائتة؟

يمكن الإجابة عن هذا السؤال بأن الفرصة —التي يعتبر تفويتها ضررًا محققًا واجب التعويض — ذات مفهوم مزدوج، فهي احتمالية، من ناحية، وواقعية وحقيقية، من ناحية أخرى[3].

ولا ينبغي قصر النظر على أحد شقي هذا المفهوم، فلئن كانت الصفة "الاحتمالية" تضيق من نطاق الفرصة وتحد من قيمتها، ولا تجعلها جديرة بالتعويض، فإن الصفة "الواقعية" تضفي عليها قدرًا من التحقق، يجعل هذا الأخير أمرًا راجحًا[4].

---

(1) Cass. Civ. lre 18 mars 1969, Bull. civ. No. 117, p. 92; cass. lre 20 mai 1971, Bull. Civ. No. 17, p. 144; cass. civ. 18janv. 1989, Bull. Civ. No. 19, p. 12; cass. civ. 16 juill. 1991, Bull. Civ. No. 248, p. 162.

مشار إليهم: المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٤١.

(٢) يرى البعض من الفقه أن هذه الفكرة تقوم على أساس الشك في وجود السببية، شكًا يحمل المسألة من نطاق السببية اليقينية إلى نطاق السببية الاحتمالية، وذلك على أساس أنه يكفي للحكم على الطبيب بالتعويض أن يثبت أنه قد أضاع على المريض فرصة بقائه على قيد الحياة، أو فرصة سلامته الجسدية، دون أن يتأكد القاضي من أن خطأ الطبيب هو السبب في ذلك، ينظر: المسئولية المدنية عن التجارب الطبية، د/ سهير منتصر، صـ١٠٨، ويرى أخر: أن القاضي إذ يطبق فكرة "الفرصة الفائتة" فإنه ينتقل من سببية احتمالية، إلى سببية أبعد مدى في هذه الاحتمالية، فالفرض والاحتمال حقيقة في السببية، حتى في النطاق التقليدي لها، والذي يمثله نظريتنا السببية، ينظر: المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٤١.

(٣) تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مجلة الحقوق الكويتية، س١٠، ع٣، ١٩٨٦، صـ١٤٩.

(٤) المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٤٢ .

وفي هذا القدر من التحقق يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المضرور، والذي يتمثل في مدى وقدر الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب، فهذه الفرصة لها – ولا شك – قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من إمكانية لتحقيق الكسب، أي بقدر ما يتحقق لها نصيب في "الواقع".[1]

ومن أمثلتها، حالة وفاة الخطيبة أو الزوج الذي عقد على زوجته ولم يدخل بها بعد، أو إعطاء طبيب التخدير جرعة مخدر زائدة يترتب عليها شلل الابن[2]، الذي يأمل الوالدان أن يرعاهما في شيخوختهما.

ولا شك أن الفرصة الممثل لها في الأمثلة السابقة تستوعب شقي "الاحتمال" و"الواقعية"، وهو ما لا يجعلها مجرد أمل أو وهم مقطوع الصلة بالواقع، وتصلح – من ثم – لأن يقوم عن فواتها الحق في التعويض[3].

تقدير التعويض عن تفويت الفرصة:

بموجب أحكام القضاء السابقة أصبح التعويض عن فوات الفرصة أمر واقعياً وقائماً، وهو ما أيده جانب من الفقه[4] على أساس أن استخلاص سببية احتمالية من أجل قيام مسئولية الطبيب يؤدي إلى تقرير حماية أكثر فعالية للمريض[5].

---

(١) تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ١٤٩.

(2) Cass. crim. 24 fév. 1970, J.C.P. II, 16456.

وقد قررت المحكمة في ذلك أنه "إذا كان الابن قد قارب على الانتهاء من تخصصه لما وقع الحادث له، فإن تعويل والده أو والدته عليه مستقبلا ليس مجرد احتمال غير قابل للتحقيق، فيكون للوالدين الحق في تعويض عن ضياع فرصة تحقيق ما عولا عليه، ويكون هذا التعويض مقابل إضاعة فرصة مشروعة للاستعانة بابن كان من المفروض أن يعمل فيما كان يتخصص فيه "مشار إليه في : النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر، د/ عاطف النقيب، منشورات عويدات، ط١، ١٩٨٣، صـ٢٩١، والمسئولية المدنية عن النشاط الطبي، د/ سعد العسيلي، هامش صـ٢٣٨. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكمها بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٩٠ بأنه "إذا كانت الفرصة أمرًا محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها، ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائمًا على أسباب مقبولة". طعن رقم ٢٤٣٦، س٥٨، مشار إليه في: المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٤٣ .

(٣) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر ، صـ١٤٣.

(٤) تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ١٤٩.

(٥) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر ، صـ١٤٣.

ولكن هناك اتجاه أخر في الفقه[1]، يرى عدم سلامة هذا الاتجاه، وذلك على أساس أن القاضي إذ يقيم حكمه على محض الاحتمال فهو يخرج عن القواعد القانونية السليمة كما تقررها السببية التقليدية التي تتضمن – في نظريتها – قدرًا من اليقين حين تقصر السبب في مجموعة عوامل ضرورية 'تعادل الأسباب' أو عامل واحد ضروري 'السببية الملائمة'، وإن كانت تلجأ إلى الفرض بعد ذلك في افتراضها التساوي والتعادل بين هذه العوامل 'تعادل الأسباب'، أو كون مدى الضرر الذي أحدثه أحدها أبعد أثرًا مما أحدثه غيره 'السببية الملائمة'.[2]

كما أن القول بجواز التعويض عن الفرصة الفائتة فيه خلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة، والتعويض عن احتمال التسبب في إحداث ضرر وقع فعلاً، ويقدر التعويض لا حسب درجة احتمال تحقق الفرصة، بل بنسبة احتمال تدخل الخطأ في أحداث الضرر[3].

والدليل على ذلك أن الأحكام التي أخذت بتفويت الفرصة في المسائل الطبية اهتمت بإظهار الخطأ الطبي ووضحت إسناده إلى الطبيب[4].

كما أنه من الصعب تطبيق فكرة تفويت الفرصة في نطاق إجراء التجارب الطبية خاصة تلك المجردة عن الأغراض العلاجية، وهي ما تعرف بالتجارب العلمية، وذلك لأن الشخص الخاضع للتجربة لم تكن له فرصة وضاعت أصلاً، ومن ثم فإن فوات الفرصة بالمعنى الذي تقصده تلك الأحكام غير وارد من الأساس، ولهذا أيضًا غير وارد الحديث عن سببية احتمالية يمكن افتراضها أو استظهارها من واقع وجود خطأ ووجود ضرر[5] ومثل التجارب الطبية عملية زراعة الكبد فليس هناك فرصة أمام المريض للنجاة لأن عملية زراعة الكبد هي المرحلة الأخيرة في العلاج فهي العلاج الوحيد للفشل الكبدي.

---

(١) الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية، د/ وفاء حلمي أبو جميل، صـ٩٣ وما بعدها.
(٢) ينظر في عرض مناقشات الاتجاهين، تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ٢٢٤، وما بعدها.
(٣) الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية، د/ وفاء حلمي أبو جميل، صـ٦٤.
(٤) تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ١١٦.
(٥) المسئولية المدنية عن التجارب الطبية، د/ سهير منتصر ، صـ١١٧، وما بعدها.

الشرط الثاني: أن يكون الضرر مباشرًا[1]، أي يكون ناتجًا مباشرة عن خطأ الطبيب، ومن ثم لا يكون هناك محل لمسائلة الطبيب إلا عن نتائج تدخله التي أدت إلى تفاقم حالة المريض[2]، ولذلك مثلاً، لا مسئولية على طبيب كلف بعلاج شخص من داء في عينه بعد أن فقدت العين الإبصار[3]، كما أنه لا مسئولية على الطبيبا في الحالات التي يكون الضرر فيها نتيجة سبب أجنبي لا يد للطبيب فيه، حيث إن الضرر في هذه الحالة لا يكون ضرراً مباشراً، وبالتالي فلا مسئولية على الطبيب لأنه فقد أحد شروطه.

(١) يذهب البعض إلى أنه لا يشترط في الضرر أن يكون مباشرًا إلا في نطاق المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية التي يمكن أن يكون الضرر فيها غير مباشر، ويرى الأستاذ الدكتور / سليمان مرقس أن الضرر في كلتا المسئوليتين يجب أن يكون مباشرًا، على أساس أن هذا الشرط ليس خاصًا بالضرر، وإنما هو نتيجة حتمية لاشتراط ركن السببية، ينظر : الوافي، د/ سليمان مرقس، صـ٥٥٤.

(2) Y. Lambert – Faivre: "Vers le principe d'une responsabilité médicale objective pour risque" R. Maro. Dr. Ec. Dev., no. 32, 12 – 13 nov. 1994, 105.

(٣) مسئولية الأطباء والجراحين، د/ حسن زكي الإبراشي، صـ١٨٥.

المطلب الثالث

علاقة السببية في عملية زراعة الكبد

ضرورة توافر علاقة السببية:

لا تقوم المسئولية بمجرد وقوع الخطأ وحدوث الضرر، بل يجب أن تتوافر علاقة السببية بينهما، بمعنى أن ينشأ الضرر نتيجة الخطأ الذي ارتكبه المسئول[1]، ولذا تحتل علاقة السببية في نطاق المسئولية الطبية – وفي نطاق المسئولية المدنية عمومًا – أهمية كبيرة، فبغير توافرها بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض، تنتفي عن الأول كل مسئولية، ولذا كان من الأهمية بمكان أن نحدد مفهوم السببية التي تكتمل بوجودها أركان المسئولية، وذلك من خلال التعرض لنظريتي السببية اللتين تتنازعان الفقه لحل هذه المشكلة، وهما نظريتي تعادل الأسباب، والسبب المنتج أو الملائم.

ولمشكلة السببية وجه آخر يتعلق باشتراك أكثر من سبب في إحداث الضرر، وبعبارة أخرى، مساهمة عوامل أخرى إلى جانب خطأ الطبيب في إحداث النتيجة الضارة، وما قد يترتب على ذلك من إعفاء هذا الأخير من المسئولية.

أولاً: نظرية تعادل الأسباب (Théoride l'équivalence de conditions):

وتقوم هذه النظرية على أساس أنه لا يمكن فصل العوامل التي أسهمت في وقوع الضرر، فكل سبب عاصر إحداث الضرر –مهما كان بعيدًا– يعتبر سببًا في حدوثه، فإذا تدخلت عدة أسباب في ذلك، اعتبر كل سبب منها هو سبب الضرر، فجميع العوامل التي أسهمت في إحداث الضرر، تكون أسبابًا متعادلة أو متكافئة في حكم القانون، لأنه إذا تخلف أحد العوامل لم يقع الضرر[2].

---

(١) الوسيط، للسنهوري، صـ ١٢٢٠، الوافي، د/ سليمان مرقس، صـ٤٥٥، النظرية العامة للالتزامات، د/حسام الدين الأهواني، صـ١٤٠.

(٢) ينظر: الوسيط، د/عبد الرزاق السنهوري، جـ٢، صـ١٢٦٣ فقرة ٦٠٥، وينظر في تأيد هذه النظرية، المسئولية المدنية والتقصيرية والعقدية، مستشار حسين عامر، صـ٣٩٣، النظرية العامة للالتزام، د/ عبدالحي حجازي، جـ٢، صـ٤٨٦.

وبذلك يكون السبب في ظل نظرية تعادل الأسباب هو: "كل عامل أسهم في حدوث الضرر متى ثبت أنه لولاه ما حدث هذا الضرر".[1] وهو ما يعني أن هذه النظرية تأخذ جميع الأسباب التي أحدثت الضرر في الاعتبار مهما كان السبب بعيدًا. [2]، غير أنه يشترط لكي نكون بصدد أسباب متعادلة أن يكون كل سبب مستقلاً عن غيره أي لا يوجد بينهما نتيجة حتمية لغيره[3].

فالضرر — وفقًا لهذه النظرية — ما وقع إلا نتيجة لكل العوامل التي شاركت في إحداثه، وبالتالي فإنه يحدث نتيجة لكتلة من الأسباب، وبدون هذه الكتلة لا يمكن أن يقع الضرر، إذ في غياب جزء من هذه الكتلة امتناع لوقوع الضرر.[4]

ويترتب على ذلك، أن هذه النظرية لا تقبل تقسيم المسئولية بين الأسباب المتعادلة، وذلك على أساس عدم قابلية الضرر للانقسام، ولذلك فإن عدم نسبة خطأ لأحد محدثي الضرر، معناه عدم وجود هذا الضرر كله، فهذا الخطأ هو السبب في كل الضرر، كما أن هذا الخطأ، من ناحية أخرى، لم يحدث الضرر كله، دون خطأ الآخر، وبالتالي فإنه لا يستوعب كل السببية.[5]

وبعبارة أخرى، فإن كل سبب من الأسباب المتعادلة يعطي للسبب الآخر القدرة السببية Un Pouvoir Causal، فكل سبب أمر لابد منه لحدوث الضرر وبدونه تكون الأسباب الأخرى عديمة الفاعلية.[6]

---

(١) الوافي، د/ سليمان مرقس ، صـ٥٥٩.

(٢) عقد العلاج، د/عبد الرشيد مأمون، صـ١٩٣، الوسيط، د/ السنهوري، جـ١، بند ٦٠٥، ص٩٠٥، وفي نفس المعنى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، د/ محمود جمال الدين زكي ، صـ٥٦٤.

(٣) الوافي ، د/ سليمان مرقس، المجلد الثاني صـ٤٦٢، ٤٦٣، وقد مثل فقهاء القانون لذلك بحالة ما لو كان سائق يقود سيارة بسرعة غير معتادة، فصدم شخصاً ظهر أمامه فجأة، وهو يعبر الطريق، الذي وضع فيه مقاول أبنية وأحجاراً على خلاف القوانيين مما أعاقت الشخص في قطع الطريق، فكل هذه الأخطاء ، تعتبر سبباً في وقوع الضرر، إذ لو تخلف واحد منها ما وقع الضرر، ينظر في ذلك : الوسيط ، د/ السنهوري، جـ١، صـ٩٠٥، فقرة ٦٠٥، علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، صـ٩، المسئولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، د/ زهدي يكن، صـ٩٥، منشورات المكتبة العربية بيروت، مصادر الالتزام ، د/ أنور سلطان، صـ٣٣٤.

(٤) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١.

(٥) التضامن والتضامم، د/ محسن البيه : مجلة الحقوق الكويتية، س١٣، ع٤، ديسمبر ١٩٨٩، صـ١٠٨.

(٦) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١.

وهذا هو ما يعبر عنه البعض[1]، بالتقدير الكيفي للسببية، والذي لا يسمح – بخلاف التقدير الكمي لها – بتقدير حقيقة كل دور في إحداث الضرر، ومدى مساهمته فيها.

وهذا التقدير الكيفي للسببية هو ما يميز تلك النظرية، إذ إن من شأن الاعتداد بكافة الأسباب أيًا كان قدر مساهمتها في إحداث الضرر اعتناق مفهوم واسع للسببية، وهو ما يدفع كل الأفراد إلى بذل الحرص والحذر، ومن ثم الحد من وقوع الأضرار؛ لأن كل شخص يعرف أن أي مساهمة منه في إحداث الضرر سيترتب عليها مسئوليته. [2]، وبالتالي فإن كل المخطئون يتحملون جميعاً التعويض عن كل الضرر[3].

كما يميز تلك النظرية، كذلك، أنها تسهل مهمة المضرور في الإثبات؛ لأن كل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر يجب الاعتداد بها.[4]

وعلى الرغم من تلك المزايا، إلا أنه يؤخذ عليها[5]، توسعها في مفهوم السببية، وما يؤدي إليه ذلك من عدم إمكانية تحديد نطاق الضرر الذي يجب أن يسأل عنه فاعل الخطأ.[6]

إلى جانب عدم دقتها، لعدم تمييزها بين الوقائع والأحداث المختلفة التي تحيط وقوع الضرر، وتجعلها جميعًا أسبابًا للضرر دون تفرقة، على الرغم من أن بعض هذه الحوادث قد لا يكون له دور سببي فعال، كما قد يتفاوت هذا الدور من سبب لآخر[7].

ثانيًا: نظرية السبب المنتج أو الملائم La théorie de la cause adequate:

وتقوم هذه النظرية على أساس تقسيم الأسباب التي أحدثت الضرر إلى نوعين: أسباب منتجة، وأسباب عارضة، وتعتد بالسبب المنتج دون العارض، والسبب المنتج

(1) Halbwachs: "Reflexion sur la causalité physique en les théories de la causalité" th. Paris, 1971, p. 26.

مشار إليه عند : تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ١٧٢.

(٢) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٦.

(٣) مصادر الالتزام، د/ عبدالناصر العطار، مؤسسة البستاني للطباعة، ط ١٩٩٠م، صـ٢٧٢.

(٤) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٤٩.

(٥) ينظر في تفصيل ذلك : علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٧، وما بعدها.

(٦)علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٧، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، د/ إسماعيل غانم، ، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٦٧، جـ٢، صـ٧٥.

(٧) ينظر: المسئولية المدنية، د/ إبراهيم أبو الليل، صـ١٠٩.

الذي تناط به المسئولية، هو ذلك السبب الذي يؤدي عادة وبحسب المألوف إلى إحداث الضرر، أما السبب العارض الذي لا تناط به المسئولية، فهو ذلك السبب غير المألوف الذي لا يحدث به الضرر عادة، ولكنه أحدثه عرضًا، ولذلك لا يُعار له اهتمام[1].

وقد لاقت هذه النظرية القبول لدى جانب كبير من الفقه في مصر[2]، لأنها لا تقيم مسئولية مرتكب الخطأ إلا إذا كان من شأن فعله في الظروف التي حصل فيها، ووفقًا للمجرى العادي للأمور أن يحدثه[3]، ولذلك فإنه يجب – وفقًا لهذه النظرية – التفرقة بين الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر للوصول إلى السبب المنتج، وهو السبب المألوف الذي يؤدي بحسب مجريات الأمور إلى إحداث الضرر، وإذا تم التوصل إلى هذا السبب، فإننا نستبعد باقي الأسباب العارضة أو الثانوية التي لا تؤدي – في العادة – إلى إحداث الضرر.[4]

وقد أيدت محكمة النقض المصرية نظرية السبب المنتج، حيث قضت في حكم لها بأنه: "يجب عند تحديد المسئولية الوقوف عند السبب المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض"[5].

وإذا كانت هذه النظرية تقوم على أساس اختيار السبب الأكثر تأثيرًا من غيره في إحداث الضرر لتنوط به الرابطة بين الخطأ والضرر، فإنها في سبيل أن تحدد هذا السبب من بين مجموعة الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر يكون لزامًا عليها أن تلجأ إلى

---

(١) ينظر: الوسيط، د/السنهوري، جـ٢، صـ١٠٢٦، فقرة ٦٠٦.

(٢) الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، د/ محمود جمال الدين زكي، سنة ١٩٧٨، صـ٥٦٥ ، الوسيط ، د/ السنهوري ، جـ١ صـ٩٠٦، مصادر الالتزام، د/ عبدالناصر العطار، صـ٢٧٢، النظرية العامة للالتزام، د/ توفيق حسن فرج، جـ١ ، صـ٣٩٦، ط ٣، ١٩٨٠، ١٩٨١م، المسئولية المدنية، د/ إبراهيم أبو الليل، صـ١١١.

(٣) الوسيط، د/ السنهوري، جـ١ ، صـ٩٠٦، بند ٦٠٦.

(٤)علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٢٢.

(٥) نقض مدني في ١٩٦٧/١٠/٢٦ ، المجموعة، س ١٨، طعن رقم ١٦٧ ، سنة ٢٤ ق قاعدة رقم ٢٣٦، صـ١٥٦٠، كما قضت أيضاً بأنه : "فإذا كان الحكم قد اكتفى بايراد رأي علمي مجرد يقول بوجود عوامل أخرى تؤدي إلى حدوث الضرر دون أن يتحقق الحكم مع توافر أحد هذه العوامل في خصوصية النزاع وأنه هو السبب المنتج في إحداث الضرر ، فإنه يكون قاصرا فيما أورده من أسباب لنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر" نقض مدني في ١٩٦٦/٥/١٩، المجموعة، س ١٧، صـ١٢٠١، مشار إليه : مصادر الالتزام، د/ عبدالناصر العطار، صـ٢٥٣، هامش ٢٠، والتقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، محمد كمال عبدالعزيز، جـ١ ، صـ٥٥٩، طبعة مجلة القضاة ١٩٨٠م ، والسبب الأجنبي ، د/ رأفت محمد حماد، صـ١٧، هامش ٤.

الفرض والتخمين، وتبتعد عن الجزم واليقين، وبالتالي فإن ما تصل إليه من النتائج يقوم على قدر كبير من الاحتمال والترجيح، وإن كان احتمالاً وترجيحًا موضوعيًا، وليس شخصيًا.[1]

توافر الافتراض في نظريتي السببية:

السببية – في نظريتيها – افتراضية؛ لأنها تعتد بواقعة إهمال مرتكب الخطأ، ولذلك فإن تقديرها في نطاق المسئولية الطبية، لا يقوم على استخدام مقياس فعلي؛ لأنه يستند على القيمة السببية لإهمال الطبيب، وهو – أي الإهمال – واقعة سلبية، دون أن تأخذ في اعتبارها الواقعة الإيجابية المتمثلة فيما صدر عنه من نشاط.

فالقاضي وهو بصدد تقدير تلك السببية، يتساءل، أولاً، هل كان إهمال الطبيب وعدم تيقظه سببًا – ملائمًا – لوقوع الضرر أم لا ؟ وبعبارة أخرى، هل هذا المسلك يصدر عن طبيب وسط من نفس مستواه ؟ ثم هو يفترض، ثانيًا، أن الضرر ما كان ليقع لو أن الطبيب كان أكثر حذرًا وانتباهًا.

تقدير السببية، إذًا، ليس فعليًا، فهو مجرد افتراض؛ لأنه لا يستند على ما حدث، وإنما على الذي لم يحدث، فالسؤال بخصوص واقعة لم تحدث ليس سؤالاً واقعيًا[2]، إذ كيف يتسنى للقاضي أن يعرف أنه إن كان الطبيب يقظًا لم يكن الضرر ليصيب المريض بسبب أية واقعة أخرى محتملة كالاستعداد الذاتي للمرض لدى المريض.

وهذا القول يصدق على نظريتي السببية، فتطبيق الأولى – تعادل الأسباب – يفرض وضع السؤال الآتي هل كان الضرر سيقع بدون الخطأ ؟ والإجابة بنعم أو لا تعتمد على فكرة الاحتمالات، وهذه الأخيرة تؤدي إلى غموض النتائج، ويخشى في هذه الحالة أن ينتهي الأمر إلى تحديد خطير؛ لأن القاضي يظل مجردًا من الدليل الذي على أساسه يمكن تصور هذا الاحتمال واستخلاص النتائج[3]، أما الثانية – السبب الملائم – فلم تفعل أكثر من تقديم صياغة غامضة صعبة التحديد بالنسبة لظروف الواقع، فعندما تتكلم

---

(١) تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ١٧٣.
(2) Vernon Palmer : "Trois principes de la responsabilité sans faut" R.i.D.C. 1987, 4, p. 835.
مشار إليه في: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٥١.
(٣)علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٩، وما بعدها.

عن الاحتمالات أو التوقع لا تغني شيئًا؛ لأن أفكار مثل هذه قابلة للتقديرات المختلفة، كما أنها في غاية الغموض.[1]

على أنه يلاحظ، أنه إذا كان الفرض والتخمين حقيقة في نظريتي السببية، إلا أن درجته ليست واحدة فيهما، فهو في نظرية السبب الملائم أكثر ظهورًا منه في نظرية تعادل الأسباب، حيث يقتصر في الأخيرة على تحديد الوقائع والعوامل المختلفة الضرورية لإحداث الضرر، والتي لا يقع بدونها، في حين أنه يشمل في الأولى — فضلاً عن ذلك — قدر ومدى الضرر الذي يحتمل أن يرتبه كل عامل من هذه العوامل. [2]

المقابلة بين نظريتي السببية وبين فكرة تفويت الفرصة:

هذا القدر اليقيني في نظريتي السببية لا وجود له في فكرة تفويت الفرصة التي يقوم السبب فيها أساسًا على الاحتمال[3]، فاشتراط "الضرورة" سواء لكافة العوامل أو لأحدها فقط يخرج عن جوهر السببية في تلك الفكرة؛ فالسبب وفقًا لها هو ذاته "محتمل".

فخطأ الطبيب ليس ضروريًا لوقوع الضرر، إذ ربما تكون هناك أسباب أخرى لهذا الضرر، ويقتصر خطأ الطبيب على مجرد إيجاد عنصر "الاحتمال" لوقوع الضرر.

ولذلك تتوافر السببية — وفقًا لهذا المفهوم — في حالة وفاة المريض أو إصابته، وهو ضرر نهائي قد تحقق، إذ بقي مجهولاً — لسبب أو لآخر كغموض تقرير الخبير مثلاً — علاقة السببية بين الضرر وبين خطأ الطبيب، وذلك على الرغم من أننا لا نعرف على وجه اليقين ما هو سبب الضرر، هل هو هذا الخطأ، أم المضاعفات الطبيعية للمرض مثلاً. [4]

---

(١) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٥١، علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٤٤.
(٢) تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، هامش صـ١٧٤.
(٣) تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، هامش صـ١٧٤.
(٤) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٥٣.

المبحث الثاني
أركان المسئولية الناجمة عن عملية زراعة الكبد في الفقه الإسلامي

طبيعة أركان المسئولية في الفقه الإسلامي

إذا كان القانونيون لا يفرقون بين الركن والشرط[1]، على النحو السابق بيانه حيث إن كل ما يتوقف عليه قيام الماهية عندهم يسمى ركنًا، سواء أكان جزءًا من الماهية أم خارجًا عنها.

فإن الباحثين في مجال الفقه الإسلامي، قد تباينت مواقفهم عند تناولهم لهذا الموضوع، متأثرين بالتفرقة بين الركن والشرط عند الفقهاء الأوائل، فعبر عنها البعض، بالشروط[2].

في حين ذهب البعض إلى: أن التعدي والضرر ركنان لازمان لتوافر معنى التضمين، أما رابطة السببية بين الاعتداء والضرر، فلا ينطبق عليها معنى الركن[3].

وهناك من يرى أن الخطأ سبباً موجباً للمسئولية لا ركناً من أركانها؛ وأما الضرر: فهو أثر من آثار الخطأ الطبي، وبالنسبة لرابطة السببية بين الخطأ والضرر فهي شرط في اعتبارهما، وليست من أركان المسئولية أيضاً[4].

وهناك من يرى، أن التعدي والضرر وعلاقة السببية بينهما أركان لضمان الفعل لدخولها في حقيقته، ولتوقف وجوده على تحققها[5].

---

(١) الشرط هو: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجًا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرًا في وجوده، وقيل: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه التعريفات للجرجاني، صـ١٦٥.

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د/ صبحي المحمصاني، جـ١، صـ١٦٨، مطبعة الكشاف-بيروت، (١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م)، والمسئولية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي والمقارن، د/ سيد أمين، صـ ٨٤.

(٣) نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي، صـ ١٨.

(٤) أحكام الجراحة الطبية ،د/ محمد الشنقيطي ، ويرى أن أركان المسئولية الطبية هي أربعة أركان: السائل، والمسئول، والمسئول عنه ، وصيغة السؤال، راجع ذلك صـ٣٠٠ وما بعدها.

(٥) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسئولية التقصيرية في القانون، د/ محمد أحمد سراج الدين، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٩٣م)، صـ٩٧.

وذكر البعض أن «في التعبيرين إخلال، فإن أريد بالركن والشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، أعم من أن يكون داخلاً في ماهيتها أو خارجًا عنها، كان التعبيران سليمين، بشيء من التجوز»[1] .

وعلى كل الأحوال فإنه يلزم لقيام مسئولية الجراح عن مخالفته للضوابط الشرعية في عملية زراعة الكبد، وجود تعدي من جانب الطبيب الجراح، أو أحد معاونيه ترتب عليه أذى للمريض، ولا يمكن تصور المسئولية بدون ذلك ولذا سوف نتناول ركن التعدي وركن الضرر وعلاقة السببية بينهما في المطالب التالية:

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من تعدي الطبيب.

المطلب الثاني: الضرر في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: علاقة السببية في الفقه الإسلامي.

---

(١) المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، د/محمد فوزي فيض الله، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، شريعة القاهرة، (١٩٦٢م) ، صـ ١٠٧، ١٠٨.

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من تعدي الطبيب

حرمة جسد المسلم

لجسد المسلم وروحه حرمة عظيمة عند الله تبارك وتعالى[1]، دلت نصوص الكتاب العزيز، وأحاديث النبي الكريم ﷺ عليها، وحذرت العباد من الاستخفاف بها، وتوعدت من سعي في هلاك الأرواح وتلك الأجساد بشديد العذاب وأليمه[2].

لذلك فإنه لا يجوز للإنسان أن يقدم على العبث بأجساد الناس، وتغيير خلقتهم السوية التي أوجدهم الله تعالى عليها وامتن عليهم[3] وإلا تعرض للعقاب والمسئولية، ما لم تكن هناك حاجة داعية إلى المساس بجسد الشخص من أجل تحقيق مصلحة مشروعة له.

---

(١) يلحق بالمسلم الكافر الذمي والمستأمن؛ لأن لهم حقًا على المسلمين بالذمة والأمان، فلهم ما للمسلم، وعليهم ما على المسلم، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني جـ٧ صـ١٠١ ، والمغني، لابن قدامة، جـ٨ صـ٤٥٤.

(٢) يشهد لذلك ما ورد من الآيات والأحاديث الكثيرة في النهي عن قتل النفس بغير حق، ومنها قوله سبحانه: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ) سورة الأنعام (من آية ١٥١)، وقوله سبحانه: (وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۞ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا) سورة النساء آية (٢٩، ٣٠)، وقوله تعالى: (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ) سورة البقرة (من آية ١٩٥) والآيات في هذا المعنى كثيرة، وكذلك الأحاديث ، ومنها قوله ﷺ : " لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللهِ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالثَّيِّبُ الزَّانِي وَالْمَارِقُ مِنَ الدِّينِ التَّارِكُ لِلْجَمَاعَةِ"، صحيح البخاري، كتاب الديات ، باب قول الله تعالى إن النفس بالنفس والعين بالعين، رقم (٦٣٧٠) جـ٤، صـ١٨٨، وصحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والديات، باب ما يباح به دم المسلم، رقم (٣١٧٥)، جـ٢، صـ٩٨، وقوله ـ ﷺ ـ : " مَنْ حَمَلَ عَلَيْنَا السِّلَاحَ فَلَيْسَ مِنَّا "، صحيح البخاري، كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ من حمل علينا السلاح،جـ٤، صـ١٨٧، وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ من حمل علينا السلاح، جـ١، صـ٤٤، وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ : " لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّارًا يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ"، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب الإنصات للعلماء، جـ٥، صـ٢٢٤، وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان قول النبي ﷺ لا ترجعوا ، جـ١، صـ٣٧.

(٣) فقال سبحانه وتعالى: (وَالتِّينِ وَالزَّيْتُونِ ۞ وَطُورِ سِينِينَ ۞ وَهَٰذَا الْبَلَدِ الْأَمِينِ ۞ لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ۞)(سورة التين ١- ٤) ، وقال سبحانه: (يَا أَيُّهَا الْإِنسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ ۞ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ ۞ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاءَ رَكَّبَكَ ۞)(الانفطار من آية ٦ -٨).

ولما وجدت الحاجة الداعية إلى التداوي والعلاج بالجراحة عن طريق زراعة الكبد على النحو السابق بيانه، أجازت الشريعة الإسلامية لأهل الاختصاص من الأطباء ومساعديهم الإقدام على فعل الجراحة الطبية اللازمة، والتي تشتمل في كثير من صورها على تصرفات مختلفة في أعضاء الإنسان، ولكن ذلك مرهون بالتزام الأطباء بالضوابط والأصول العلمية في هذا الشأن، ولما كان الأطباء ومساعديهم بشر غير معصومين، فقد يخرجون في بعض الأحيان عن القيود الشرعية ويتجاوزونها معرضين أرواح الناس وأجسادهم للهلاك والتلف المحقق.

ومن هنا جاء اعتناء فقهاء الشريعة الإسلامية ببيان القواعد العامة التي تتفرع عنها الأحكام المتعلقة بتضمين الطبيب، بل نجد من الفقهاء من نص على مسائل معينة من الضمان، تَحمل الطبيب فيها المسئولية كاملة عن نتائج عمله الذي خرج فيه عن الحدود المعتبرة[1].

وما ذلك إلا دليل بيّن على شمولية أحكام الشريعة الإسلامية وتصوراتها، والحقيقة أن هذا الخروج من جانب الأطباء قد يكون في صورة تعدي شخصي من جانب الأطباء أو مساعديهم، وقد يكون مخالفة للقواعد الطبية، وقد يكون عن جهل، ويقابل التعدي في الفقه الإسلامي ركن الخطأ في القانون المدني ونريد أن نوضح أن معيار التعدي في الفقه الإسلامي لا يختلف عن معياره في القانون المدني، فمعيار التعدي: هو مخالفة المعتاد، والمعول عليه في ذلك هو سلوك الرجل العادي، فيكون إثبات مخالفة المتعدي للمعتاد بين الناس، فما خَرج عن المعتاد كان انحرافًا يحقق الضمان، وما كان معتادًا لا يكون تعديًا، فلا يكون سببًا للضمان، فمعياره موضوعي لا ذاتي[2]، ويمكن لنا أن نوضح أنواع التعدي في الفروع الآتية:

الفرع الأول: في الاعتداء الشخصي.

الفرع الثاني: عدم إتباع الأصول العلمية.

الفرع الثالث: الجهل.

---

(١) راجع في ذلك : تكملة البحر الرائق، للطوري، جـ٨، صـ٣٣، والدر المختار، للحصكفي، جـ٢صـ٢٩، وبداية المجتهد، لابن رشد، جـ٢، صـ٤١٨، وتبصرة الحكام، لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣، وحاشية قليوبي وعميرة، جـ٣، صـ٧٨، والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢، وشرح منتهى الإردات، للبهوتي، جـ٢، صـ٣٧٧.

(٢) ينظر: مصادر الحق، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ ٦، صـ ١٤٩.

الفرع الأول
في الاعتداء الشخصي

مفهوم الاعتداء الشخصي

المراد بهذا النوع من الاعتداء الإقدام على فعل ما يوجب الضرر بالمريض عن قصد سواء كان ذلك في الأعمال الجراحية ذاتها أو فيما يتعلق بها من أعمال أخرى؛ كالفحص، والتخدير، فيقوم الطبيب بإجراء جراحة تضر المريض مع علمه بآثارها السيئة وقصده لها، أو يقوم الطبيب الفاحص بادعاء إصابة المريض بمرض يستلزم التدخل بجراحة إذا أجريت له، هلك أو تضرر في جسده، مع علمه بتلك العواقب السيئة، وقصده لها[1].

وفي هذه الحالة نجد أن الفقه الإسلامي قد عالج مثل هذه الأمور من خلال ما ذكره الفقهاء -رحمهم الله- عند ذكرهم لقاعدة المباشر والمتسبب، إذ القاعدة عندهم أن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد، أو يتعد[2]، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديًا"[3].

وقبل التعرض لأقوال الفقهاء الأجلاء في هذه القاعدة ينبغي أن نتعرض لمعنى التعدي والفرق بينه وبين التعمد، ثم نفرق بين المباشرة والتسبب.

مضمون التعدي والتعمد

التعدي لغة: هو الظلم والعدوان ومجاوزة الحد في الحق أو في الشيء، جاء في لسان العرب: "عدا عدوا عدوانًا إذا ظلم ظلمًا جاوز فيه القدر، ويعدون عدوًا أي يظلمون ظلمًا، والعادي هو الظالم، وأصله من تجاوز الحد في الشيء، أو مجاوزة الشيء إلى غيره، يقال تعديت الحق أي تجاوزته، وعدى من الأمر أي جاوزه إلى غيره وتركه" [4].

أما التعمد لغة: فهو ضد الخطأ في القتل وسائر الجنايات[5].

---

(١) أحكام الجراحة الطبية د/ محمد الشنقيطي ، صـ ٣٢.

(٢) المادة (٩٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) المادة (٩٣) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) ينظر : لسان العرب لابن منظور، جـ٤، صـ ٥١٦، مادة عدا، وينظر أيضًا : القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مادة عدا.

(٥) لسان العرب لابن منظور، جـ٤، صـ٧١١، ٨٧٩، مادة (ع م د).

والتعدي اصطلاحًا: يحمل التعدي معان كثيرة منها: التعدي بمعنى الجناية[1]، ومنها التعدي بمعنى الاستيلاء على منفعة مال الغير دون رقبته[2]، ومنها التعدي بمعنى مجاوزة الحد وفي ذلك يقول البعض«هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعًا، أو عرفا، أو عادة»[3].

أما العمد اصطلاحًا: فهو القصد إلى الشيء، يقول ابن عابدين: «العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله، ودليله استعمال القاتل آلَتَهُ فأقيم الدليل مقام المدلول، لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية»[4] .

ومعنى ذلك، أنه إذا حصل القتل بالآلة الجارحة كان عمدًا؛ لأن استخدامها لا يقصد به إلا القتل[5]، وهذا تطبيق للقاعدة الفقهية التي تنص علي أن: «دليل الشيء في الأمور الباطنية يقوم مقامه»[6] .

والتعدي أوسع نطاقًا من العمد، فهو قد يقع مقترنًا بقصد فيكون تعمدا، وقد يقترن بتقصير أو بعدم تحرز أو نتيجة لتفريط، كما أنه يشمل الأفعال الإيجابية وهي غير

---

(١) ومن استعمالات الفقهاء للتعدي بمعنى الجناية ما قرره ابن جزي بقوله : "التعدي أعم من الغصب، لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأموال". ينظر : القوانين الفقهية لابن جزي، طبعة عالم الفكر، الطبعة الأولى، القاهرة سنة ١٩٨٥، صـ٣١٨؛ وجاء في : شرح كتاب النيل وشفاء العليل، لمحمد بن يوسف بن عيسى أطفيش – إباضي ، مكتبة الإرشاد – جدة، من أن : "التعدي أعم من الغصب ... والتعدي يكون في الأموال والنفوس والفروج والأبدان"، جـ١٣، صـ٤٤٣، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م.

(٢) وأكثر الفقهاء استعمالاً للتعدي بهذا المعنى هم المالكية، وذلك تمييزًا له عن الغصب، باعتبار أن الغصب استيلاء على رقبة مال الغير، بينما يقتصر التعدي على الاستيلاء على المنفعة فقط. فقد جاء في الشرح الكبير : "التعدي هو الاستيلاء على المنفعة كسكنى دار وركوب دابة". ينظر : الشرح الكبير للدردير، جـ٢، صـ٤٤٢.

(٣) المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون،د/ فوزي فيض الله، ، صـ١٨٩؛ والفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، د/ محمد فاروق بدوي العكام، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة ١٩٧٧م، صـ٧٧؛ والنظرية العامة للموجبات، د/ صبحي المحمصاني، جـ١، صـ١٧٥.

(٤) حاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٦، صـ٤١٣.

(٥) المبسوط للسرخسي حيث جاء فيه "والآلة الجارحة إذا حصل القتل بها كان عمدا ؛ لأن ذلك فعل مزهق للروح وما لا تلبث ولا تطيق النفس احتماله في كونه مزهقا للروح أبلغ من الفعل الجارح........ أن وجوب القصاص يختص بقتل هو عمد محض، وصفة التمحض أن يباشر القتل بآلته في محله وآلة القتل هي الآلة الجارحة"،جـ٢٦، صـ١٢٢ وما بعدها.

(٦)المادة (٦٨) من مجلة الأحكام العدلية.

محصورة، وكذلك الأفعال السلبية، كالامتناع عن إغاثة الملهوف أو نجدة الغريق أو إطعام المضطر[1] .

ويمكن لنا استخلاص هذه المعاني للتعدي من الفروع الفقهية الواردة في هذا الصدد.

فقد جاء في مجمع الضمانات أن: " ومن حفر بئرا في طريق المسلمين، أو وضع حجرا فتلف به إنسان فديته على عاقلته، وإن تلفت بهيمة فضمانها في ماله "[2].

وجاء في القوانين الفقهية: "إن قصد أن يفعل الجائز، فأخطأ بفعل غيره، أو جاوز فيه الحد، أو نقص فيه عن الحد، فتولد منه تلف، ضمنه"[3] .

وجاء أيضًا في شرح منتهى الإرادات: "... (وَمَنْ أَجَّجَ) أي: أوقد (نارا) حتى صارت تلتهب (بملكه) ولو بإجارة أو إعارة وكذا بموات فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه (أو سقاه) أي ملكه من أرض أو زرع أو شجر (فتعدى) ذلك (إلى ملك غيره) أي الفاعل (لا) إن تعدت النار (بطريان ريح فأتلفه) أي: ملك غيره (ضمنه) الفاعل (إذا فرط) بأن أجج نارا تسري عادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها، أو فتح ماء كثيرا يتعدى مثله (أو فرط) بترك النار مؤججة والماء مفتوحا ونام ونحوه لتعديه أو تقصيره، كما لو باشر إتلافه...".[4]

أما عدم التحرز فمعناه هو عدم تبصر المرء بالعواقب الضارة الناجمة عن أعماله التي يقترفها مختارًا، والتبصر يفرضه عليه الشرع والعرف، وأكثر مسائل الضمان التي لاحظها الفقهاء، هي الناجمة عن التعدي المقرون بعدم التحرز، والأمثلة عليها كثيرة، كمسائل الطريق، ومسائل المياه والنيران، ومسائل الآبار، وأخيرًا مسائل عدم الحذق والاختصاص[5] ويعتبر عدم التحرز من المسائل المهمة جدا في المسئولية الطبية.

---

(١) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، د/ محمد فوزي فيض الله، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م، الكويت، صـ ٩٥.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، صـ١٧٨.

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي، صـ٢٣٣.

(٤) ينظر : شرح منتهى الإرادات، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى للشيخ العلامة منصور بن يونس إدريس البهوتي، طبعة أنصار السنة المحمدية، سنة ١٣٦٦هـ، ٤٢٦/٢ وما يليها.

(٥) ينظر: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د/ صبحي المحمصاني، جـ ، مطبعة الكشاف، ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م، بيروت، ص ٢٠٢، والمسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، د/ محمد فوزي فيض الله، صـ ١٧٠ وما بعدها، المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، د/ محمود خيامي حسن أبو زيد، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م، صـ ١٧٠ وما بعدها.

أما التعدي الناتج عن التفريط فمن أمثلته، ما أورده ابن قدامة[1] : " فأما إن كان حاذقا وجنت يده، مثل أن تجاوز قَطْعَ الْخِتَانِ إلى الحشفة، أو إلى بعضها، أو قطع في غير محل القطع، أو يقطع الطبيب سلعة من إنسان، فيتجاوزها، أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه، وأشباه هذا، ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبه إتلاف المال، ولأن هذا فعل محرم، فيضمن سرايته، كالقطع ابتداء"[2].

المباشرة والتسبب

المباشَرَةِ لغة: هي: "المُلامَسَةَ وأصله من لمس بشرة الرجل بشرة المرأة وباشر الرجل امرأته مباشرة وبشارا، ومباشرة الأمر أن تحضره بنفسك وتليه بنفسك "[3]، وباشر الأمر: وليه بنفسه[4].

أما المباشرة اصطلاحًا فقد تناولها الفقهاء بتعريفات عديدة، وهي إن اختلفت في اللفظ المبني، إلا أنها تتحد في الغاية والمعنى.

فيعرفها الحنفية مثلاً بأنها: "إيصَال الْآلَة بمحل التلف"[5].

وعرفها المالكية بأنها: "ما يقال حصل الهلاك به من غير توسط"[6].

وعند الشافعية: "هي ما يؤثر في الهلاك ويحصله كالجرح"[7] أو إنها: «إيجاد علة الهلاك»[8].

---

(١) هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد موفق الدين. فقيه، أصولي، محدث. ولد سنة (٥٤١هـ)، ورحل في طلب العلم إلى بغداد، ثم عاد إلى دمشق، وتوفي بها سنة (٦٢٠هـ). قال ابن تيمية: ما دخل الشام بعد الأوزاعي أفقه من الموفق. من مصنفاته: المغني، الكافي، روضة الناظر، ينظر: سير أعلام النبلاء (١٦٥/٢٢)، والذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب (١٣٣/٢).

(٢) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢٠، ١٢١).

(٣) لسان العرب، لابن منظور، مادة بشر، صـ٢٨٧.

(٤) القاموس المحيط للفيروز آبادي، جـ١، صـ٣٧٠.

(٥) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ١٦٥.

(٦) الفروق، للقرافي، جـ٤، صـ٢٧.

(٧) مغني المحتاج، للشربيني، جـ٤، صـ٦.

(٨) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبدالسلام، صـ ٣٠١-٣٠٢.

وعند الحنابلة "أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق"[1].

وقد عرفتها مجلة الأحكام بقولها[2] "(الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر)، أي الإتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر.

أما التسبب لغة: فهو من السبب، والسبب الحبل وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور فقيل هذا سبب هذا وهذا مسبب عن هذا[3].

أما التسبب في الاصطلاح فقد تعددت تعريفاته لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

فيعرفه الحنفية بأنه: "الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة"[4].

ويعرفه المالكية بأنه: "ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذ إن السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة"[5].

ويعرفه الشافعية بأنه: "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله"[6] ؛ أو إنه: «إيجاد علة المباشرة»[7].

كذلك عرفت مجلة الأحكام العدلية بالمادة (٨٨٨) التسبب بأنه: "إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة" (الإتلاف تسببا هو التسبب لتلف

---

(١) القواعد، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي(ت٧٩٥هـ)، طبعة دار المعرفة ببيروت، قاعدة (٨٩).

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٨٨٧).

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، جـ١، صـ٤٠٠، و جاء في لسان العرب : " والسبب كل شيء يتوصل به إلى غيره وفي نسخة كل شيء يتوسل به إلى شيء غيره وقد تسبب إليه والجمع أسباب وكل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو سبب وجعلت فلانا لي سببا إلى فلان في حاجتي وودجا أي وصلة وذريعة قال الأزهري وتسبب مال الفيء أخذ من هذا لأن المسبب عليه المال جعل سببا لوصول المال إلى من وجب له من أهل الفيء" لسان العرب لابن منظور، صـ ٧٨ مادة (سبب) وراجع نفس المعنى: مختار الصحاح للرازي، صـ ٢٨١، القاموس المحيط للفيروز آبادي، جـ١، صـ٨٠.

(٤) بدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ١٦٥.

(٥) الفروق، للقرافي، جـ٤، صـ٢٧.

(٦) حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لشرح تحرير تنقيح اللباب، للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري، طبعة مصر سنة ١٩٤١، جـ٢، صـ٣٦٠ .

(٧) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، صـ ٣٠١-٣٠٢.

شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب فعليه إن قطع حبل قنديل معلق هو سبب مفض لسقوطه على الأرض وانكساره فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا).

وقاعدة التسبب والمباشرة قديمة ومعروفة، لدى الفقهاء فقد وردت ضمن تعاليل فقهاء الأمة الأوائل.

قال ابن نجيم: «المباشر ضامن، وإن لم يتعمد،والمتسبب لا إلا إذا كان متعمدا»[1].

أما البغدادي[2] فيقول: «المباشر ضامن، وإن لم يتعد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعديا»[3].

وينقل ابن عابدين عن الرحمتي[4]: « وكذا الأصل أيضا أن المتسبب ضامن إذا كان متعديا، وإلا لا يضمن والمباشر يضمن مطلقا، كما يظهر من الفروع»[5].

ويقول السرخسي: «والمتسبب إنما يكون ضامنا إذا كان متعديا بسببه»[6]،ويقول أيضا في موضع آخر: «والمتسبب إذا لم يكن متعديا في تسببه لا يكون ضامنا»[7].

أما كتب الحنابلة فقد ذكرت ما يفيد أن الضمان بالتسبب يلحق بالمباشرة إذا كان بوصف التعدي، ونصه: «ويجب الضمان بالسبب، كما يجب بالمباشرة، فإذا حفر بئرا في طريق لغير مصلحة المسلمين، أو في ملك غيره بغير إذنه، أو وضع في ذلك حجرا أو

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، صـ ٣١٧.

(٢) هو: أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي. فقيه. من آثاره: مجمع الضمانات، وقد فرغ من تأليفه سنة (١٠٢٧هـ). ولا يعرف له سنة ميلاد ولا وفاة، ينظر: معجم المؤلفين، جـ١١، صـ١١١.

(٣) مجمع الضمانات، للبغدادي، صـ ١٤٦.

(٤) هو: مصطفى بن محمد بن رحمة الله بن عبدالمحسن بن جمال الدين الأنصاري، الحنفي، الدمشقي، ثم المدني، الشهير بالأيوبي وبالرحمتي. فاضل مشارك في بعض العلوم. ولد بدمشق سنة (١١٣٥هـ)، وبها نشأ، وقرأ على صالح الجينيني ومحمد التدمري وغيرهما. توفي بمكة سنة (١٢٠٦هـ). من مصنفاته: حاشية على مختصر شرح التنوير للعلائي، مختصر شرح الشهاب الخفاجي على الشفا للقاضي عياض، ينظر: هدية العارفين، جـ٢، صـ٤٥٤، ومعجم المؤلفين، جـ١٢، صـ٢٧٦.

(٥) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، جـ٦، صـ٥٠٦.

(٦) المبسوط، للسرخسي، جـ٢٧، صـ٥.

(٧) المبسو ، للسرخسي، جـ٢٧، صـ٢٤.

حديدة، أو صب فيه ماء، أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه، وهلك فيه إنسان أو دابة، ضمنه؛ لأنه تلف بعدوانه فضمنه، كما لو جنى عليه»[1].

الصياغة الصحيحة للقاعدة:

ويرى الكثير من الباحثين[2] أن الصياغة الصحيحة لقاعدة المباشرة والتسبب، هي ما أوردها البغدادي في مجمع الضمانات بقوله: «الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ، وَالْمُتَسَبِّبُ لَا –أي لا يضمن– إلَّا إذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا»[3]؛ لأن التعدي أوسع نطاقًا من التعمد، فمتى وجد التعدي لا يُنظر بعد ذلك إلى التعمد والقصد، فحقوق الناس مضمونة شرعًا دون الالتفات إلى قصد الفاعل أو خطئه، ودون الالتفات لظروف ارتكابه[4].

وبالنسبة للمباشرة والتسبب في شأن الطبيب الجراح ومساعديه فإن المسئولية المتعلقة بهذه الطائفة في الغالب تعتبر من المسئولية المباشرة، بمعنى أن الأشخاص المسئولين من هذه الطائفة هم المباشرون لفعل السبب الموجب للمسئولية في أغلب الأحوال.

وقد تكون مسئولية جامعة بين السببية، والمباشرة، كما في حال وجود الموجب المشترك الذي يكون فيه الضرر ناشئاً عن مباشرة الفاعل، وتسبب شخص آخر في هذه المباشرة، كما في الطبيب الفاحص إذا قام بإحالة المريض إلى مصور بالأشعة يعلم جهله بالمهمة.

فالتعدي بالمباشرة إذن يتحقق حينما تحدث الأضرار من الشخص دون وساطة، ودون أن يتخلل فعله والضرر فعل آخر، فهنا ينتج الضرر من نفس الفعل الذي سببه ويختلط ماديًا معه؛ أما التعدي بالتسبب فيتحقق حينما تحدث الأضرار، ليس عن فعل

---

(١) المغني على مختصر الخرقي، لابن قدامة، جـ٧، صـ٥٠٧.

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام، د/ مصطفى أحمد الزرقا، جـ ٢، صـ ١٠٤٦–١٠٤٧، والمسئولية التقصيرية، د/ محمد فوزي فيض الله، صـ ١٦٤، ونظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي، صـ ١٩٨–١٩٩، والمسئولية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي، د/ سيد أمين، صـ ٢٥٦.

وينظر عكس هذا الإجماع: المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، صـ ١٦٤، إذ يرى أن «الصياغة الصحيحة لقاعدة المتسبب هي أنه لا يضمن إلا بالتعمد أو الإهمال».

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي، صـ ١٤٦٠.

(٤) تعويض المضرور في المسئولية التقصيرية، د/ فهيد محسن الديحاني صـ٧١.

الشخص ذاته، وإنما عن أمر آخر يفصل بين فعله والضرر.[1] وهذا ما يؤكده البعض بقوله: "إننا نستطيع أن نفرق بين المباشرة والتسبب، بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة، وأن السبب يولد المباشرة، أو هو واسطة لتولد المباشرة التي تتولد عنها الجريمة".[2]

وحيث إن الجراحة الطبية تتطلب مشاركة عدد من الأطباء والمساعدين ومنهم، الأطباء الذين يقومون بمهمة الفحص الطبي، وأخصائي الأشعة، وأخصائي المختبر(التحاليل)، وأخصائي المناظير الطبية، وأخصائي التخدير، والطبيب الجراح، والمرضون، والممرضات.

ومسئولية هؤلاء الأشخاص تختلف بحسب اختلاف المراحل التي تتم بها الجراحة والمهمات التي يقومون بأدائها، فمنهم من يعتبر مسئولا في المرحلة التمهيدية للعمل الجراحي، ومنهم من يعتبر مسئولا وقت القيام بالعمل الجراحي، ومنهم من يعتبر مسئولا في المراحل التي تعقب العمل الجراحي، فينبغي لنا أن نتناول مراحل العمل الجراحي المختلفة، لكي نتعرف على مسئولية أعضاء الفريق الجراحي في كل مرحلة وذلك في العناصر التالية:

العنصر الأول: المسئولية في المرحلة التمهيدية للعمل الجراحي:

تمر مرحلة التمهيد للعمل الجراحي بعدة مراحل،فهناك الفحص الطبي العام، وهناك تشخيص المرض، وهناك الإذن بفعل الجراحة، وهناك الفحص الخاص بإجراء الجراحة، وهناك التخدير، ولكل مرحلة من هذه المراحل أحكامها الخاصة.

أولاً مرحلة الفحص الطبي العام:

وفي هذه المرحلة يضع المريض نفسه تحت يد الطبيب ليتولى فحصه فحصاً ظاهرياً بالكشف عليه لتشخيص المرض، وتحديد العلاج وهنا نفرق بين عدة حالات:

---

(١) الضمان، للشيخ علي الخفيف، صـ٤٠.
(٢) التشريع الإسلامي الجنائي مقارنًا بالقانون الوضعي، د/ عبد القادر عودة، الطبعة الأولى، القاهرة، مكتبة دار العروبة سنة ١٩٦٠م، صـ٤٥١.

الحالة الأولى: أن تكون المسئولية متعلقة بالطبيب الفاحص وحده إذا كان الضرر ناشئاً عن فعل الطبيب الفاحص [1]، فإنه يتحمل المسئولية عنه، ولا تقوم مسئولية المساعدين طالما انتفت العلاقة بينهم، وبين ذلك الموجب[2].

الحالة الثانية: أن تكون المسئولية متعلقة بالمساعدين، وذلك متى كان الخطأ ناشئاً عن فعل الشخص المساعد للطبيب، والذي يعتبر في هذه الحالة متحملاً للمسئولية وحده، ولا يتحمل الطبيب الفاحص، ولا غيره من المساعدين الآخرين شيئاً من هذه المسئولية ما دام أنهم لم يتسببوا في إيجاد ذلك الموجب ووقوعه[3].

الحالة الثالثة: أن تكون المسئولية مشتركة بين الطبيب ومساعديه، وتتحقق هذه الحالة متى كان الضرر الذي لحق بالمريض قد نتج من فعل كل من الطبيب والمساعد، فهنا تكون المسئولية مشتركة بينهما.

---

(١) ومن أمثلة هذه الحالة التي يحكم فيها بتحمل الطبيب الفاحص وحده المسئولية الكاملة عن فعله، أن يقدم على تشخيص المرض عن طريق الحدس والتخمين مع توفر الوسائل والآلات التي يمكن بواسطتها التأكد من وجود المرض وعدمه، فكل ما ينتج عن تشخيصه على هذا الوجه من أضرار يعتبر الطبيب الفاحص مسئولاً عنها وحده، ينظر : أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي صـ٣٣٨.

(٢) فالفقه الإسلامي إنما يحمل المسئولية للشخص الفاعل لموجبها، ولا تعتبر الأوصاف التي لا تأثير لها في حقيقة الأمر، وفي ذلك يقول الحق تبارك وتعالى: (أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴿٣٨﴾)(سورة النجم آية ٣٨) ، فقد دلت هذه الآية الكريمة على أن الإنسان يتحمل وزر نفسه، ولا يتحمل غيره شيئاً من وزره ما دام أن ذلك الوزر ناشئ عنه وحده، ينظر: جامع البيان في تأويل القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، جـ٢٢، صـ٥٤٦، وتفسير القرآن العظيم، لابن كثير، جـ٧، صـ٤٦٥.

ويقول سبحانه: (تِلْكَ أُمَّةٌ قَدْ خَلَتْ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَلَكُم مَّا كَسَبْتُمْ وَلَا تُسْأَلُونَ عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴿١٤١﴾)(سورة البقرة آية ١٤١)، فبين سبحانه وتعالى أن لكل شخص كسبه، وأن الإنسان لا يسأل عن كسب غيره واجتراحه، فالعبد يضاف إليه أعمال وأكساب، وإن كان الله تعالى أقدره على ذلك، إن كان خيرا فبفضله وإن كان شرا فبعدله، ومن هذا المنطلق تعتبر المسئولية شرعاً متعلقة بالشخص الفاعل لموجبها وحده، ولا يتحمل غيره شيئاً منها بشرط ألا يكون لذلك الغير تأثير في وقوعها من الشخص الفاعل، ينظر : جامع البيان ، للطبري، جـ٣، صـ١٠٠، وتفسير القرطبي، جـ٢، صـ١٣٩.وتفسير القرآن العظيم ، جـ١، صـ٤٥٢.

(٣) فيتحمل المحلل للدم، والبول، والبراز المسئولية كاملة عن أي خطأ يقع في تحليله، وكذلك يتحمل أخصائي الأشعة المسئولية عن طريقة التصوير التي اختارها لتصوير المريض، وكذلك عن مقدار الجرعة الإشعاعية التي أرسلها على جسمه، وما ترتب عليها من أضرار، كما يتحمل المسئولية عن التقارير التي كتبها للطبيب وما تضمنتها من نتائج، ويتحمل المصور بالمناظير الطبية المسئولية عن الطريقة التي اتبعها وسار عليها في إدخال المناظير إلى جسم المريض، وما نشأ عنها من أضرار، كما يتحمل المسئولية عن تقاريره التي يكتبها للطبيب، ينظر : أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي صـ٣٣٨ وما بعدها.

فعلى سبيل المثال: إذا قام الطبيب الفاحص بإحالة المريض على المصور بالأشعة، مع علمه بأن ذلك المصور ليس أهلاً للقيام بمهمة التصوير بالأشعة، أو أحاله على أخصائي المناظير الطبية، وهو يعلم عدم أهلية ذلك الأخصائي للقيام بالمهمة المطلوبة، فنتج عن ذلك ضرراً بالمريض، فإن المسئولية حينئذ تقع على المباشر للتصوير، والطبيب الذي قام بإحالة المريض عليه مع علمه بعدم أهليته.

لأن المريض إنما قام بتسليم نفسه، وتمكين المصور من المهمة المذكورة بناء على أن الطبيب لا يحيله إلا على من هو أهل لذلك، كما هو منصوص عليه في القوانين الطبية، وجار في عرف الأطباء[1].

فهذا الفعل من الطبيب يعتبر سبباً قوياً في حدوث الضرر للمريض، فيعتبر متحملاً للمسئولية عنه من هذا الوجه، إلا أن مسئولية الضمان والقصاص تتعلق بالمباشر وهو المساعد دون المتسبب وهو الطبيب الفاحص؛ لأنه إذا اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة[2]، ولأن "نسبة الضرر إلى المباشر أقوى وأظهر من نسبته إلى المتسبب"[3].

ثانياً: المسئولية عن تشخيص المرض الجراحي[4]:

وتشخيص المرض الجراحي وبيان مدى حاجة المريض إلي إجراء الجراحة من عدمها قد يقرره الطبيب وحده دون اللجوء إلي الأشعة والتحاليل، أو يقرره بناءً على ما ظهر له من الفحوصات والتحاليل والأشعة، وهنا تختلف المسئولية تبعاً لاختلاف من قام بتشخيص المرض، فيعتبر الطبيب مسئولا وحده إذا كان الخطأ ناشئاً عن تشخيصه ولم يكن لغيره تأثير في ذلك الخطأ.

كما يتحمل المساعدون للأطباء في مهمة التشخيص المسئولية وحدهم، إذا كان الموجب للخطأ في التشخيص واقعاً بسببهم، ولا علاقة للطبيب بذلك الموجب الناشئ عنهم.

---

(١) سلوكيات وآداب وقوانين مزاولة مهنة الطب، إعداد/ مصطفى عبد اللطيف، وهاني أحمد جمال الدين، صـ٢٠.

(٢) من قواعد الفقه الإسلامي: "إذا اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة"، ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ١٦٢، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ١٦٣.

(٣) ينظر : الضمان، للشيخ علي الخفيف، صـ٧٤.

(٤) راجع في ذلك ، أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي ، صـ٣٤٠.

ثالثاً: المسئولية عن الإذن بفعل الجراحة

الأصل في فعل الجراحة أنه لا يجوز للطبيب الإقدام عليها إلا بعد الحصول على موافقة المريض أو وليه، وبالتالي فإن الطبيب الجراح، يتحمل المسئولية عن موافقة المريض، وإذنه بالجراحة لأنه لا يجوز له أن يقدم على فعل الجراحة إلاّ بعد حصوله على الإذن بفعلها.

فإذا أخل بذلك، وأقدم على فعلها بدون إذن كان مسئولا عن كل ما ينجم عن فعله من أضرار، ولذلك نجد الفقهاء ـ رحمهم الله ـ يعتبرون هذه المسئولية، حينما نصوا على أن الحجام، والخاتن يضمن كل منهما سراية القطع والجرح إذا أقدما على فعل الختان، والحجامة بدون إذن المريض[1]، وهذا يدل على أن الطبيب الجراح إذا أقدم على فعل الجراحة بدون إذن المريض، كان مسئولا عن كل ما ينتج عن فعلها من أضرار.

رابعاً: المسئولية عن الفحص الطبي الخاص بالجراحة

عند القيام بمهمة الفحص الطبي للمريض لبيان إمكانية التدخل الجراحي من عدمه، فإن هذا الفحص يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: الفحص من أجل التأكد من وجود المرض الجراحي الذي يستدعي العلاج بالجراحة.

المرحلة الثانية: الفحص من أجل التأكد من قدرة المريض على تحمل متاعب الجراحة وأخطارها، وذلك بإثبات سلامته من الآفات والأمراض التي تحول دون نجاح الجراحة، وتتسبب في تعريضه للمتاعب والأخطار[2].

لذلك فإنه على الطبيب أن يراعي قبل الجراحة التأكد من هذه الأمور لأن التقصير والإهمال في مهام هذه المرحلة تترتب عليه نتائج سلبية وعواقب خطيرة قد تنتهي بوفاة المريض، والمسئولية عن هذه العواقب، والنتائج السيئة مرتبطة بمسبباتها؛ لذلك فإنها

---

(١) الفتاوى الهندية، جـ٥، صـ٣٥٧، وتبصرة الحكام، لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣، والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢١، وكشاف القناع، للبهوتي، جـ٤، صـ٢٧، ومنار السبيل، لابن ضويان، جـ١، صـ٤٢٢، ونيل المآرب، للشيباني، جـ١، صـ١١٢.

(٢) السلوك المهني للأطباء، د/ راجي عباس التكريتي، صـ ٢٥٩، والشفاء بالجراحة، د/محمود فاعور، صـ١٨.

تارة تتعلق بالطبيب الجراح، وتارة تتعلق بالطبيب الفاحص ومساعديه، أما الطبيب الجراح فإنه يتحمل المسئولية في موضعين من هذه المرحلة:

الموضع الأول: إذا قصر في إحالة المريض للفحص، وقام بإجراء الجراحة دون أن يتأكد من وجود المرض الجراحي، وأن المريض قادر على تحمل أخطارها، وترتب الضرر على فعله[1].

الموضع الثاني: إذا قام بإحالة المريض إلى الفحص الطبي العام، واشتملت التقارير والنتائج على ما يوجب عليه الامتناع عن فعل الجراحة[2] ؛ فأقدم على فعل الجراحة دون استناد إلى ما يوجب عليه فعلها، *فإنه حينئذ يتحمل المسئولية كاملة.*

خامساً: المسئولية عن التخدير

يتزايد مع التقدم الحديث أهمية الدور الذي يلعبه طبيب التخدير في العمليات الجراحية، وأصبح الالتجاء إليه في هذا الميدان على درجة كبيرة من الحيوية إذ المدة التي يلازم فيها المريض أطول من تلك التي يقضيها معه الجراح، فهو يتدخل قبل الجراحة لتخدير المريض بعد فحصه ويستمر في مراعاة حالته أثنائها، ثم يتولى بعد العملية مهمة إفاقة المريض.

وتتعلق المسئولية في هذه المرحلة بالطبيب الجراح، وأخصائي التخدير، أما الطبيب الجراح فإنه يتحمل المسئولية عن أهلية الشخص المخدر؛ لأنه لا يجوز له أن يعهد بمهمة التخدير إلى أي شخص لا تتوفر فيه الأهلية المعتبرة للقيام بمهمة التخدير وفقاً لما جرت عليه

---

(١) وذلك في غير الحالات الاضطرارية التي توجب إسعاف المريض بالجراحة فوراً، والتي يغلب فيها على الظن هلاك المريض إذا تأخر إسعافه بالجراحة مدة الفحص؛ فإنه يجوز للطبيب الجراح أن يقدم فيها على فعل الجراحة، وتسقط المسئولية عنه؛ نظراً لوجود الموجب لإعفائه من واجب الفحص، ولأنه انتفى فيه موجب المسئولية؛ إذ لم يكن إقدامه على فعل الجراحة في هذه الحالات مشتملاً على تقصير أو إهمال، بل هو مبني على هدف المحافظة على النفس، وإعمالاً للقاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحظورات" شرح المجلة لابن رستم جـ١ صـ٣٠ .

(٢) وذلك مثل أن تشتمل التقارير على نفي وجود المرض، أو أن المريض مصاب بمرض يحول دون نجاح الجراحة أو يعرقل مهامها، ينظر : أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ٣٤٣.

الأعراف الطبية[1]، وبالتالي فإنه يترتب على إخلاله باختيار الشخص المناسب تحقق مسئوليته.

فإذا قام الطبيب الجراح باختيار الشخص المناسب فإن أخصائي التخدير يعتبر مسئولا مسئولية مباشرة عن أهلية المريض للتخدير، والمواد المخدرة التي اختارها لتخديره، والجرعة التي حقنها من تلك المواد في جسم المريض، والطريقة التي اتبعها في تخديره، فأي تقصير يقع منه في هذه الأمور فإنه يوجب تحمله للمسئولية عن كل الأضرار المترتبة على ذلك التقصير[2].

وكذلك يعتبر مسئولاً عن إهماله لبعض أجزاء الجسم بعدم العناية بوضعها المعتبر، كما في حالة تركه لذراع المريض ساقطة على حافة طاولة العمليات الجراحية مما يتسبب في حدوث الشلل في العصب الكعبري أو الزندي[3] .

فهذه الحالات وأمثالها يعتبر الضرر فيها ناشئاً عن إهمال أخصائي التخدير، وقد جرى العرف عند الأطباء باعتبار المخدر مسؤولاً عنها من الناحية العملية، فتقصيره في ذلك يوجب إلزامه بالعواقب المترتبة عليه[4] .

العنصر الثاني: المسئولون عن مرحلة العمل الجراحي

يتحمل الطبيب الجراح العبء الأكبر من المسئولية في هذه المرحلة، ولا تخلو مسئوليته فيها إما أن تكون مباشرة، أو سببية، كما يتحمل مساعدوه المسئولية في هذه المرحلة، كل حسب المهمة المطلوبة منه ومجال عمله.

---

(١) السلوك المهني للأطباء، د/ راجي التكريتي، صـ٢٥٤، وسلوكيات وآداب وقوانين مزاولة مهنة الطب، لمصطفى عبد اللطيف، وهاني أحمد جمال الدين، صـ٢٠؛ ونظراً لجريان العرف والعادة عن الأطباء بذلك فإنها تعتبر من الناحية الشرعية ملزمة، ويؤاخذ الطبيب على الإخلال بها؛ للقاعدة الشرعية التي تقول: "العادة محكمة"، ينظر: "الأشباه والنظائر" للسيوطي، صـ٨٩، والأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٩٣.

(٢) السلوك المهني للأطباء، د/ راجي التكريتي، صـ٢٥٤، ٢٥٥، والعمليات الجراحية وجراحة التجميل، إعداد د/محمد رفعت، اشترك في تأليفه عدد من أساتذة كليات الطب في مصر، ط الرابعة، ١٩٨٤م دار المعرفة للطباعة والنشر، صـ٢٢- ٢٥.

(٣) أشارت المصادر الطبية المختصة بأن المخدر يعتبر في عرف الأطباء ملزماً بمراقبة المريض أثناء التخدير، وأنه مكلف ببذل العناية، والإسعاف اللازم لكل ما يطرأ على مهمة التخدير وتنفس المريض، ينظر: السلوك المهني للأطباء، د/ راجي التكريتي صـ٢٥٤، ٢٥٥، والعمليات الجراحية، لمحمد رفعت صـ٢٣، ٢٤، والموسوعة الطبية الحديثة، لمجموعة من الأطباء، جـ٣، صـ٥٤٣، والتخدير، لغوردون أوستلر، وروجر برايس سمث، ترجمة أعضاء هيئة التدريس بقسم التخدير والإنعاش، جامعة دمشق، مطبعة الداودي، ١٩٨١م، صـ١٦٢.

(٤) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي ، صـ٣٤٧.

- فأما الطبيب الجراح فإنه يتحمل المسئولية المباشرة عن عمله الجراحي[1]، فهو مسئول في الأصل عن الالتزام بالقواعد المعتبرة عند أهل الاختصاص في مهمته الجراحية، فينبغي عليه التقيد والالتزام بها، وعدم الخروج عنها.

فإذا أخل بهذا الواجب، وخرج عن الأصول والقواعد المتبعة عند أهل الاختصاص والمعرفة على وجه ينتفي فيه عذره شرعاً، فإنه يتحمل المسئولية الكاملة عن كل ما ينتج عن ذلك الخروج، وهكذا إهماله وتقصيره في مراعاة الأمور التي ينبغي عليه مراعتها أثناء قيامه بمهمته.

ومن أمثلة الحالة الأولى: تجاوزه للقدر المعتبر في الشق عند أهل الاختصاص، وزيادته في القدر المقطوع من العضو المراد قطعه دون موجب معتبر طبيًا.[2]

ومن أمثلة الحالة الثانية: إهماله لتنظيف الجرح، أو غسله، أو إهمال تعقيمه، وتركه لبقايا الشاش في داخل الجوف مما يؤدي إلى حدوث تسمم ينتهي بوفاة المريض وهلاكه.

فهذه الحالات،وأمثالها يتحمل فيها الطبيب الجراح المسئولية الكاملة عن تقصيره وإهماله ومجاوزته للحدود المعتبرة عند أهل الاختصاص.

وأما المسئولية السببية التي تؤدي إلى تضمين المتسبب فهي التي تنشأ عندما يتحقق الضرر ليس عن فعل الشخص مباشرة، وإنما نتيجة تدخل فعل آخر، يمكن أن ينسب إليه هذا الضرر، فالذي يميز التسبب إذن، أنه وإن كان يوجد وضعًا يترتب على

---

(١) ويوصف الفعل بالمباشرة في الحالات التي تتصل فيها الآلة بمحل التلف، أو قيام المسئول بإلحاق الضرر بالمضرور بفعله مباشرة، فإنه يمكن أن يوصف بالمباشرة أيضًا، متى كان الضرر نتيجة حتمية لفعل المسئول، ولو لم يحدث هذا الاتصال المادي؛ وذلك كمن يقدم إنسانًا إلى هدف يرميه الناس، فيصاب بسهم من غير تعمد، فإنه يعتبر مباشرًا لقتله، وتلتزم عاقلته بدفع الدية، ينظر : المغني لابن قدامة، جـ٤، صـ٩، وأيضًا كمن يتعقب إنسانًا بسيفه، فيقع في أثناء فراره في نهر أو يحترق بنار أو يسقط من شاهق أو ينخسف به سقف، فإن المتعقب يعتبر مباشرًا لقتله، ينظر : مجمع الضمانات للبغدادي، صـ١٤٦.

(٢) ومن ذلك ما أورده الإمام ابن قدامة ـ رحمه الله ـ بقوله: " فأما إن كان حاذقا وجنت يده ، مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة ، أو إلى بعضها ، أو قطع في غير محل القطع ، أو يقطع الطبيب سلعة من إنسان ، فيتجاوزها، أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها ، أو في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشباه هذا ، ضمن فيه كله ؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، فأشبه إتلاف المال ، ولأن هذا فعل محرم ، فيضمن سرايته ، كالقطع ابتداء" الشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢٤.

توافره، حصول الضرر، إلا أن فعل المتسبب لا يستقل بإحداث النتيجة، وإنما يشترك معه عوامل أخرى[1]؛ وعلى ذلك فإن التسبب أو السبب، هو ما يحدث الضرر، لا بذاته بل بواسطته، وكان علة الضرر.[2]

كما لو أذِنَ للطبيب الجراح بقفل موضع الجراحة، دون تأكد من اكتمال الآلات المستعملة في المهمة بعدِّها[3]، ثم تبين أن الطبيب الجراح قفل الجرح على شيء منها، فإن المرض يتحمل المسئولية عن تقصيره في عد تلك الآلات، وإخباره للطبيب الجراح باكتمالها، لكن هي تعتبر مسئوليته في هذه الحالة مسئولية سبب أو مباشرة؟.

الذي يظهر أنها مسئولية سبب؛ نظراً لعدم مباشرته لقفل موضع الجراحة، وإذا كان هؤلاء المساعدون جاهلين بالمهام التي قاموا بفعلها، فإنه حينئذ تعتبر مسئوليتهم مباشرة متى ترتب عليها ضرر بالمريض؛ وذلك لمكان رضاهم بالقيام بفعل تلك المهمات مع جهلهم لها، ولا تُسْقِطُ مسئولية الجراح عنهم المسئولية المتعلقة بهم، فهم المباشرون لفعل السبب الموجب، وإذا كانت المهمات التي قاموا بفعلها مشتملة على مداواة للمريض كانوا داخلين في عموم قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: "من تَطَبَّبَ بغير عِلْمٍ فهو ضَامِنٌ"[4]، وهم آثمون شرعًا بإقدامهم على فعل تلك المهمات؛ نظراً لما في ذلك من أذية للغير وإضرار به بدون حق، فتتعلق بهم المسئولية في الآخرة من هذا الوجه[5].

وفي الواقع، فإن قاعدة ضمان المتسبب، تعد من أدق وأعقد المسائل في الفقه الإسلامي، مرجع ذلك أن بعض الفقهاء يقيد الضمان على صفة التعمد[6]، بينما يتجه

---

(١) ويمكن أن يتضح لنا ذلك من المثل الآتي : "حفر البئر في الطريق العام يكون سببًا للقتل والإيذاء إذا ما سقط فيه شخص، ذلك لأن الموت أو الإيذاء حدث بسبب التردي، ولولا التردي لما حدثت النتيجة، إلا أن التردي ما كان ليحصل لولا الحفر، فالنتيجة الحاصلة تضاف مباشرة إلى التردي، والتردي يضاف إلى الحفر، أما العلاقة بين الحفر والنتيجة، فهي علاقة غير مباشرة".

(٢) ينظر: التشريع الجنائي، د/ عبد القادر عودة ، صـ٤٥١.

(٣) من المهمات التي يطالب بها المرضون والمرضات أثناء مهمة العمل الجراحي تعقيم الآلات المستعملة في الجراحة، وعدها، وإخبار الطبيب باكتمالها، وفي "الموسوعة الطبية الحديثة" ما نصه: "وهي ـ أي رئيسة المرضات ـ مسئولة عن عد الفوط وقطع القماش التي تستعمل في العملية، ولا يخيط الجراح الجرح إلا بعد أن تتحقق المرضة من عدّ هذه القطع المستعملة ..." أهـ، ينظر: الموسوعة الطبية الحديثة، لمجموعة من الأطباء جـ٣، صـ٥٤٣.

(٤) سبق تخريجه، صـ ٥١٣.

(٥) أحكام الجراحة الطبية ،د/ محمد الشنقيطي ، صـ٣٤٧.

(٦) ينظر : الأشباه والنظائر، لابن نجيم، صـ١١٣.

البعض الآخر إلى إطلاق القاعدة ليشمل التسبب كلٌ من التعمد والإهمال (أو الخطأ بمفهومنا الحالي) [1] ومما يزيد من هذه الصعوبة أن فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى، لم يتناولوا تلك القاعدة كنحوهم المعتاد بالشرح والتحليل، بل اكتفوا بذكرها على الوجه السابق، دون محاولة تحديد مضمونها الحقيقي.[2]

العنصر الثالث: المسئولين عن المراحل التي تعقب العمل الجراحي[3]

وفي هذه المرحلة من مراحل العمل الطبي تتنوع المسئولية وتنحصر بين الطبيب الجراح، والمخدر، والمرض.

فأما الطبيب الجراح: فإنه يعتبر مسئولا عن متابعة المريض إلى البرء الكامل من العملية فيتابع حالته الصحية، كما يقوم بمراقبة موضع الجراحة في فترات معينة؛ خشية إصابته بالتلوث أو أضرار أخرى نتيجة سوء التمريض بعد العمل الجراحي، كما أنه يتحمل المسئولية عن قرار خروج المريض من المستشفى[4] .

وأما المخدر: فإن مسئوليته بعد العمل الجراحي تنحصر في أمرين:

الأمر الأول: إفاقة المريض من التخدير، وهي مسئولية مهنية[5].

---

(١) ينظر : مجمع الضمانات للبغدادي ، صـ١٤٦.

(٢) وفي هذا الصدد، فقد اتجه البعض إلى أن تقييد ضمان المتسبب بالتعمد أو القصد، يتنافى مع ما هو معلوم في الشريعة الإسلامية من أنها لا تميز بين العمد والخطأ إلا في مسائل القصاص أو في الجناية على النفس أو ما دونها فقط، أما في مسائل الضمان المدني، أي في الجناية على الأموال، فإنها لا تعرف هذه التفرقة حيث يكفي فيها الخطأ دون اشتراط العمد؛ فالتمييز بين العمد والإهمال، لا تقره الشريعة إلا في المسئولية الجنائية، التي لا تقوم إلا بتحقق القصد لدى الفاعل؛ أما في المسئولية المدنية فتتحقق بالقصد وعدم القصد، وبالتالي فإن المتسبب يمكن أن يلزم بالضمان، ولو لم يكن متعمدًا أو قاصدًا إحداث الضرر، وعلاوة على ذلك، فإن اشتراط التعمد يخالف ما استقر عليه فقهاء الشريعة من جريان الضمان فيمن لا قصد له، كالصبي والمجنون، ينظر : أساس المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، د/ محمد صلاح الدين حلمي، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة سنة ١٩٧٨م، صـ٢٥٩، والمفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، د/ عادل جبري محمد حبيب، صـ٢٢٩.

(٣) ينظر تفصيل ذلك: أحكام الجراحة الطبية ،د/ محمد الشنقيطي ، صـ٣٤٨، وما بعدها.

(٤) السلوك المهني للأطباء، دراجي عباس التكريتي، صـ٢٦١ .

(٥) السلوك المهني للأطباء، دراجي عباس التكريتي، صـ٢٥٣، والموسوعة الطبية الحديثة، لمجموعة من الأطباء جـ٢، صـ٢٨٢.

الأمر الثاني: المحافظة على أسرار المريض[1] التي يتلفظ بها أثناء الإفاقة وهي مسئولية أدبية[2].

وأما المرض: فإنه مطالب ببذل العناية اللازمة للمريض إلى حين مغادرته المستشفى[3]، وإذا قصر في ذلك فإنه يتحمل المسئولية عن أي ضرر يلحق بالمريض من جراء ذلك.

---

(١) فقد نصت المادة ٣٠ من لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م على أنه: "لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التي اطلع عليها بحكم مهنته إلا إذا كان ذلك بناء على قرار قضائي أو في حالة إمكان وقوع ضرر جسيم ومتيقن يصيب الغير أو في الحالات الأخرى التي يحددها القانون".

(٢) السلوك المهني للأطباء، د/ راجي التكريتي، صـ٢٥٤، ٢٥٥، والعمليات الجراحية، د. محمد رفعت، صـ٢٢ـ ٢٥.

(٣) وتشتمل مهمته على تفقد موضع الجراحة وتفقد حرارة المريض، ونبضه، وتسجيل المعلومات التي توصل إليها ثم عرضها على الطبيب، وكذلك يتحمل المسئولية عن إخبار الطبيب عن أي تغير يحدث للمريض عقب العمل الجراحي، كما يقوم بإعطاء جرعات الأدوية المقررة لهذه المرحلة، ويحافظ على تغذية المريض عن طريق الأوردة، ينظر: مقدمة في فن التمريض، د/ سعيد الجاني، وهدية اللحام، صـ٧٠، ٧١، دار الأندلس للطباعة والنشر والتوزيع، ط الأولى، والتمريض الجراحي والباطني وفروعهما، د/ سعاد حسين حسن جـ٢، صـ٦٩ـ٨١، ط دار النفائس ببيروت، ينظر: فن الجراحة، د/ مظهر المهايني، صـ٣٤-٣٩، مطبعة جامعة دمشق، وأحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي صـ٣٤٨ وما بعدها.

الفرع الثاني
عدم إتباع الأصول العلمية

ضرورة إتباع الأطباء للأصول العلمية

للجراحة الطبية أصول علمية، وضعها العلماء المختصون، وهي في جملتها تحدد الطريق الذي ينبغي على الأطباء ومساعديهم سلوكه، والتقيد به أثناء قيامهم بمهماتهم المتعلقة بالجراحة، والخروج عن هذه الأصول العلمية، وعدم إتباعها أمر خطير يعرض حياة المرضى للهلاك المحقق في كثير من الحالات خاصة أثناء العمل الجراحي.

وبناء على ذلك فإنه لا حرج على الأطباء ومساعديهم في أخذهم بالجديد المفيد، شريطة أن يثبت اعتباره عند أهل الاختصاص[1]، بل يجب عليهم ذلك خاصة في الحالات التي يكون فيها ذلك الجديد أكثر أماناً وأخف ضرراً من سابقه؛ لأن ذلك يتفق مع مقاصد الشريعة الموجبة لحفظ الأنفس[2] ودفع الضرر[3].

ولأهمية ذلك نجد القوانين المنظمة للعمل تنص على وجوب إطلاع الأطباء على أحدث الوسائل المعتبرة للتشخيص، والعلاج بالجراحة[4].

موقف الفقه الإسلامي من خروج الأطباء ومساعديهم عن الأصول العلمية:

أجاز الفقه الإسلامي فعل الجراحة الطبية؛ رحمة بالعباد، ودفعاً لضرر الأسقام والأمراض عنهم فأذن للأطباء، ومساعديهم بفعل الأمور التي تستلزمها الجراحة مع أنها

---

(١) فقد نصت المادة ٩ من لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م على أنه: "لا يجوز للطبيب تطبيق طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها بالأسلوب العلمي والأخلاقي السليم، ونشرت في المجلات الطبية المعتمدة وثبت صلاحيتها وتم الترخيص بها من الجهات الصحية المختصة...".

(٢) الموافقات، للشاطبي، جـ٢، صـ١٠، والمستصفى، للغزالي، جـ١، صـ٢٧١ .

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، صـ٨٣، والأشباه والنظائر، لابن نجيم صـ٨٥ .

(٤) ورد في بعض المصادر العربية التي اعتنت ببيان القوانين المنظمة للعمل الطبي ما نصه: "يجب أن يكون الطبيب في أي مجال تخصصي حريصاً على إعطاء أفضل رعاية طبية في إمكانه لمريضه، وأن يكون مطلعا على أحد وسائل التشخيص، والعلاج الطبي، ولاجراحي في نطاق تخصص" أهـ ، ينظر: "سلوكيات وآداب وقوانين مزاولة مهنة الطب"، لمصطفى عبد اللطيف، وهاني أحمد جمال الدين، صـ١٨، ١٩.

محرمة عليهم في الأصل، كل ذلك طلبًا لتلك المصالح التي يرجى تحقيقها وحصولها بعد الجراحة، ودفعًا لضرر الأسقام والأمراض الذي يرهق كاهل المرضى ويهدد حياتهم بالخطر.

ويؤيد ما سبق ما جاء في قواعد المقرى "إن كل عمل قاصر عن تحصيل مقصودة لا يشرع"[1].

لكن هذا الإذن بفعل الجراحة إنما يعني به الفقه الإسلامي فعلاً مخصوصاً شهد الأطباء المختصون بكونه الطريق، الذي ينبغي التزامه وسلوكه؛ للوصول إلى ما يحقق تلك المصالح الجلية، ويدفع تلك المفاسد العظيمة، بناء على الغالب[2].

فإذا خرج الأطباء ومساعدوهم عن ذلك الطريق، فإن الحكم يختلف تبعاً لاختلاف السبب في خروج الأطباء عن هذه الضوابط وما إذ كان مرجعه إلى تقصير من الطبيب، أو خطأ منه أو مخالفته بعدم الحصول على إذن المريض ويمكن لنا أن نجمل ذلك فيما يلي:

الحالة الأولى: أن يكون الطبيب حاذقاً[3] قد أعطى الصنعة حقها، وألاّ تجني يده، فلا يتجاوز ما أذن له فيه.

---

(١) قواعد المقري، لمحمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله القرشي التلمساني، الشهير بالمقري، المتوفى سنة، ٧٥٨ هـ – ١٣٥٧م، مخطوط، جـ٢ صـ ٦٠٠ .

(٢) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي ، صـ٣٢٦ .

(٣) الحذق والحذاقة : المهارة في كل عمل ، قال الأزهري : تقول : حَذَق وحذِق في عمله يَحْذِق ويَحْذَق فهو حاذق ماهر، تهذيب اللغة ، مادة " حذق " جـ٤، صـ٣٥ ، ولسان العرب ، مادة " حذق " جـ١٠، صـ٤٠ ، وقد ذكر ابن القيم أن الطبيب الحاذق هو الذي يراعي في علاجه عشرين أمراً، وهي كما يلي :

١ – النظر في نوع المرض من أي الأمراض هو ؟

٢ – النظر في سببه من أي شيء حدث ، والعلة الفاعلة التي كانت سبب حدوثه ما هي ؟

٣ – قوة المريض ، وهل هي مقاومة للمرض ، أو أضعف منه ؟ فإن كانت مقاومة للمرض مستظهرة عليه تركها والمرض، ولم يحرك بالمرض ساكناً .

٤ – مزاج البدن الطبيعي ما هو ؟

٥ – المزاج الحادث على غير المجرى الطبيعي .

٦ – سن المريض .

٧– عادته .

٨ – الوقت الحاضر من فصول السنة وما يليق به .

٩ – بلد المريض ، وتربته .

١٠ – حال الهواء في وقت المرض .

١١ – النظر في الدواء المضاد لتلك العلة .

١٢ – النظر في قوة الدواء ودرجته ، والموازنة بينها وبين قوة المريض .

١٣ – ألاّ يكون قصده إزالة تلك العلة فقط، بل إزالتها على وجه يأمن معه حدوث أصعب منها ، فمتى كان إزالتها لا يأمن معها حدوث علة أخرى أصعب منها أبقاها على حالها ، وتلطيفها هو الواجب .

١٤ – أن يعالج بالأسهل فالأسهل ، فلا ينتقل من العلاج بالغذاء إلى الدواء إلا عند تعذره، ولا ينتقل إلى الدواء المركب إلا عند تعذر الدواء البسيط .

١٥ – أن ينظر في العلة ، هل هي مما يمكن علاجها أو لا ؟ فإن لم يمكن حفظ صناعته وحرمته، ولا يحمله الطمع على علاج لا يفيد شيئاً ، وإن كان أمكن نظر هل يمكن زوالها أولا؟ فإن علم أنه لا يمكن نظر هل يمكن

#

ففي هذه الحال باتفاق الأئمة[1] لا يضمن الطبيب ما ترتب على مداواته من تلف العضو، أو النفس، أو ذهاب صفة، وقد نقل الاتفاق على ذلك ابن القيم، حيث قال: "قُلت: الأقسام خمسة أحدها: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يَدُهُ فَتَوَلَّدَ من فعله المأذون فيه من جهة الشارع ومن جهة من يَطِبّهُ تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقا".[2]

والدليل على ذلك:

- قوله تعالى: (فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿١٩٣﴾) (البقرة: جزء من آية ١٩٣).

فدلت الآية الكريمة: أن الأصل في الضمان عدم وجوبه إلا على المعتدي، والطبيب إذا كان حاذقاً، ولم تجن يده، فليس بمعتدي.

- ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: "مَنْ تَطَبَّبَ وَلَا يُعْلَمُ مِنْهُ طِبٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ"[3] .

تخفيفها وتقليلها أو لا؟ فإن لم يمكن ورأى أن غاية الإمكان إيقافها وقطع زيادتها قصد بالعلاج ذلك ، وأعان القوة وأضعف المادة .

١٦ – ألا يتعرض للخلط قبل نضجه باستفراغ ، بل يقصد إنضاجه ، فإذا تم نضجه بادر إلى استفراغه .

١٧ – أن يكون له خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها ، وكل طبيب لا يداوي العليل بتفقد قلبه ، وصلاحه بالصدقة ، وفعل الخير والإحسان، والإقبال على الله والدار الآخرة ، فليس بطبيب . ومن أعظم علاجات المرض فعل الخير والإحسان ، والذكر والدعاء والتضرع والتوبة، ولهذه الأمور تأثير في دفع العلل ، وحصول الشفاء أعظم من الأدوية الطبيعية ، ولكن حسب استعداد النفس وقبولها ، وعقيدتها في ذلك ونفعه.

١٨ – التلطف بالمريض ، والرفق به ، كالتلطف بالصبي .

١٩ – أن يستعمل أنواع العلاجات الطبيعية والإلهية ، والعلاج بالتخييل ، فإن لحذاق الأطباء في التخييل أموراً عجيبة لا يصل إليها الدواء ، فالطبيب الحاذق يستعين على المرض بكل معين.

٢٠ – وهو ملاك أمر الطبيب ، أن يجعل علاجه وتدبيره دائر على ستة أركان: حفظ الصحة الموجودة ، ورد الصحة المفقودة بحسب الإمكان، وإزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان، واحتمال أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما، وتفويت أدنى المصلحة لتحصيل أعظمهما . ينظر: زاد المعاد لابن القيم، جـ٤، صـ١٤٢-١٤٥.

(١) تبيين الحقائق للزيلعي، جـ٥، صـ١٢٧ ، ومجمع الضمانات للبغدادي، صـ٤٧ ، الفتاوى الهندية، جـ٢، صـ٣٣٧ ، جـ٤، صـ٤٩٩، وحاشية رد المحتار لابن عابدين جـ٦، صـ٦٨-٦٩، وبداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٢٣٣ ، والقوانين الفقهية لابن جزي، صـ٣٤١، وحاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٢٨ ، والأم للشافعي، جـ٥، صـ١٦٦ ، وأسنى المطالب للأنصاري، جـ٢، صـ٤٢٧ ، والمغني لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢٠، المحرر، جـ١، صـ٣٥٨ ، المبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١١٠ ، الإقناع للحجاوي، جـ٢، صـ٣١٤.

(٢) زاد المعاد، لابن القيم، جـ٤، صـ١٣٩ .

(٣) سبق تخريجه صـ ٥١٣.

وجه الدلالة من الحديث: دل الحديث بمنطوقه على أن الطبيب إذا تطبب وهو غير عالم بالطب فأخطأ يضمن، وبمفهومه على أن الطبيب إذا كان عالماً بالطب ولم يخطىء فإنه لا يضمن، سواء ما كان في النفس أو ما دونها[1].

- وورد عن الزهري[2] -رحمه الله- أنه قال: إن كان البيطار أو المتطبب أو الختان غر من نفسه، وهو لا يحسن فهو كمن تعدى يضمن، وإن كان معروفاً بالعمل بيده، فلا ضمان عليه إلاّ أن يتعدى[3].

وهذا يدل على أنه أمر استقر العمل عليه عندهم، وأنهم أخذوه من الصحابة[4] رضي الله عنهم.

- أن الطبيب ونحوه مأمور بمداواة المرضى، ومأذون له فيه، فلم يكن عليه ضمان إذا لم يتعد[5] استناداً إلى القاعدة الشرعية: "الجواز الشرعي أو الإذن الشرعي ينافي الضمان[6]".

فالطبيب في هذه الحال قد فعل فعلاً مأذوناً له فيه، فلم يضمن سرايته، قياساً على الحد[7]، والقاعدة الفقهية: أن ما ترتب على المأذون غير مضمون.

- أن المستحق على الطبيب عمل محدود، لا عمل غير سار، لأن ذلك ليس في مقدور البشر، وإنما الذي في مقدوره إقامة العمل على الوصف الذي علمه، فلا يضمن إلاّ أن يتجاوز الحد.[8]

---

(١) فتاوى إمام المفتين ورسول رب العالمين ﷺ لابن القيم، صـ ٢٠٦، طبعة المطبعة المصرية.

(٢) الزهري هو : محمد بن مسلم بن عبيد الله الزهري ، من أعلام التابعين، وأئمة المحدثين والفقهاء ، توفي سنة (١٢٤هـ) . (وفيات الأعيان ١٧٧/٤، وتهذيب التهذيب ٣٩٥/٩) .

(٣) أورده ابن عبد البر في الاستذكار، جـ٢٥، صـ٥٥، ومصنف عبد الرازق، لأبي بكر عبد الرازق بن همام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١هـ الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣ هـ المكتب الإسلامي ببيروت تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، جـ٩، صـ٤٧١

(٤) روى عبد الرزاق في مصنفه، كتاب: العقول، باب الطبيب، جـ٩، صـ٤٧١، أن علي خطب الناس فقال : " يا معشر الأطباء البياطرة من عالج منكم إنسانا أو دابة فليأخذ لنفسه بالبراءة فإنه إن عالج شيئا ولم يأخذ لنفسه البراءة فعطب فهو ضامن ".

(٥) ينظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي، جـ٧، صـ٧٧ ، والمغني لابن قدامة، جـ٥، صـ٥٣٨ ، والأم للشافعي، جـ٦، صـ١٨٦.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم، صـ ٢٨٩ .

(٧) المغني، جـ ٨، صـ١١٧ ، وزاد المعاد، جـ ٤، صـ١٣٩ ، والمبدع، جـ ٥، صـ١١٠ ، والعدة صـ٢٧٠ ،و كشاف القناع، جـ ٤، صـ٣٥.

(٨) ينظر: المبسوط للسرخسي، وجاء فيه: " وإذا حجم الحجام بأجر ، أو بزغ البيطار ، أو حقن الحاقن بأجر حرا، أو عبدا بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان عليه بخلاف القصار إذا دق فخرق ؛ لأن المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب ، وذلك في مقدور البشر يصح التزامه بالعقد وهنا

#

وقد أشار بعض فقهاء الإسلام - رحمهم الله - على ذلك حينما حكموا بوجوب الضمان على الخاتن الذي تجاوز في قطعه الحد المعتبر، والقاطع للسلعة الذي تجاوز الموضع، أو قطع في غير زمان القطع أو بآلة كآلة يكثر ألمها، وقاسوه على الجاني المتعمد.

قال الإمام ابن قدامة -رحمه الله-: "فأما إن كان حاذقا وجنت يده، مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها، أو قطع في غير محل القطع، أو يقطع الطبيب سلعة من إنسان، فيتجاوزها، أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه، وأشباه هذا، ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبه إتلاف المال، ولأن هذا فعل محرم، فيضمن سرايته، كالقطع ابتداء"[1].

فبين -رحمه الله- أن مجاوزة الخاتن والقاطع للحدود المعتبرة للختان، والقطع أمر موجب للضمان، وحكم بحرمته في قوله: "ولأن هذا فعل محرم" فرده إلى الأصل، كما اعتبره بمثابة القطع على وجه الجناية وذلك بقوله: "كالقطع ابتداء".

الحالة الثانية: أن يكون الطبيب حاذقاً، وقد أذن له، وأعطى الصنعة حقها، لكنه أخطأ فأتلف نفساً، أو عضواً، أو منفعة، ويندرج تحته أمران:

الأمر الأول: أن يتعدى الطبيب، أو يفرط، وضابط التعدي: فعل ما لا يجوز.

مثل: أن يزيد في قدر المواد المخدرة، أو يزيد المصور بالأشعة في قدر الجرعة الإشعاعية، أو يقطع في غير محل القطع، أو بآلة غير صالحة، أو وقت غير صالح، ونحو ذلك .

المستحق عليه عمل معلوم بجده لا عمل غير ساري ؛ لأن ذلك ليس في مقدور البشر فالجرح فتح باب الروح والبرء بعده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة ، وليس ذلك في مقدور البشر فلا يجوز التزامه بعقد المعاوضة ، وإنما الذي في وسعه إقامة العمل بجده ، وقد أتى به فلا يضمن إلا أن يخالف لمجاوزة الحد أو يفعل بغير أمره فيكون ضامنا حينئذ . " جـ١٦، صـ١٠-١١، ونفس المعنى: الأم للشافعي، جـ٦، صـ١٨٦

(٢) الشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢٤.

وضابط التفريط: ترك ما يجب.

مثل: أن يقتصر على بعض النظر في حالة المريض، أو بعض العلاج، أو يختار مخدراً ضعيف التأثير، ونحو ذلك، وهذا يضمن باتفاق الأئمة[1].

فإذا ضمن الجاهل فمن باب أولى أن يضمن العالم المتعدي، أو المفرط، ففي كلا هذين النوعين يعتبر الأطباء ومساعديهم مخلين بالأصول المعتبرة عند المختصين، وقد نص الفقهاء -رحمهم الله- على إيجاب الضمان في حالة المجاوزة للموضع المعتبر عند المختصين[2]، أو التقصير في أداء ما يجب على الطبيب فعله[3].

قال الشيخ محمد بن الحسين الطوري الحنفي[4] -رحمه الله-: " ويستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان..."[5].

فبين - رحمه الله - بقوله: "حتى إذا عدم أحدهما ..." أن الطبيب لو تجاوز الموضع المحدد في مهمته فإنه يلزمه الضمان.

وقال الإمام إبراهيم بن فرحون المالكي - رحمه الله -: "أما إذا كان جاهلا أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ، أو يجاوز الحد فيما أذن له فيه أو قصر فيه عن المقدار المطلوب، ضمن ما تولد عن ذلك "[6].

فقوله: "أو يجاوز الحد فيما أذن له فيه" متعلق بحالة الزيادة عن القدر المطلوب عمله أثناء المهمة الجراحية، وقوله: "أو قصر فيه عن المقدار المطلوب"، متعلق بحالة

---

(١) ينظر: تكملة البحر الرائق، جـ٨، صـ٣٣ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣ ، والأم للشافعي، جـ٥، صـ١٦٦ ، وأسنى المطالب للأنصاري، جـ٢، صـ٤٢٧ ، والفروع لابن مفلح ، جـ٤، صـ٤٥٢، ط/ عالم الكتب ، بيروت ، الرابعة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

(٢) المغني والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢٠، ١٢١.

(٣) راجع في ذلك : أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ٣٥٨، وما بعدها .

(٤) هو الشيخ محمد بن الحسين بن علي الطوري الحنفي مؤرخ فقيه من آثاره: الفواكه الطورية في الحوادث المصرية، وتكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ينظر: معجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٩، صـ٢٤٧، ٢٤٨.

(٥) تكملة البحر الرائق، جـ٨، صـ٣٣.

(٦) تبصرة الحكام لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣.

النقص عن القدر المطلوب عمله أثناء المهمة، فاعتبر ـ رحمه الله ـ كلتا الحالتين موجبة للتضمين[1].

وقال الشيخ زكريا الأنصاري الشافعي ـ رحمه الله ـ "وإن ختن الأجير حرا أو فصده أو حجمه بلا تقصير وكذا إن كان المفعول به ذلك (عبدا) ولا تقصير فمات (أو بزغ) بالموحدة والزاي والمعجمة أي شرط (دابة بلا تقصير فماتت لم يضمن) لعدم ثبوت اليد على الحر ولعدم التفريط في غيره"[2] .

ومفهوم قوله: "بلا تقصير" أنه إن قصر ضمن، ويشهد لذلك قوله عند بيانه لعله الحكم بعدم التضمين: "لعدم التفريط".

ومن هذا كله نخلص إلى اعتبار الفقهاء ـ رحمهم الله ـ لإيجاب الضمان في هذه الصورة، المشتملة على المجاوزة للحدود المعتبرة عند أهل المعرفة أو التقصير فيها.

الأمر الثاني: أن لا يتعدى أو يفرط، لكن تخطىء[3] يده أثناء العمل:

مثل: أن تزل يد الخاتن فيتجاوز بالختان موضع القطع، أو تتحرك يد الطبيب فتجرح موضعاً، أو يقطع شرياناً، أو تنحرف يد المصور فتسقط الأشعة على غير الموضع المراد تصويره، ونحو ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في تضمين الطبيب في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: أنه لا ضمان عليه، وهو قول للإمام مالك[4].

وحجة هذا القول:

- قوله تعالى: ﴿ فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ (البقرة: جزء من آية ١٩٣)، والطبيب إذا كان حاذقاً في صنعته، فلا ضمان؛ لعدم تعديه.

---

(١) راجع في ذلك : أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ٣٥٨، وما بعدها .

(٢) أسنى المطالب للأنصاري، جـ٢، صـ٤٢٧، ونص الشافعي ـ رحمه الله ـ على مثل ذلك في: الأم، جـ٥، صـ١٦٦.

(٣) الخطأ : هو ما ليس للإنسان فيه قصد، ينظر: التعريفات للجرجاني، صـ٦٨ .

(٤) بداية المجتهد، جـ٢، صـ١٨٨، وجاء فيه: "وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة فلا شئ عليه".

- حديث عبد الله بن عمرو -رضي الله عنهما-: "مَنْ تَطَبَّبَ وَلَا يُعْلَمُ مِنْهُ طِبٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ"[1] .

وجه الدلالة: دل قوله صلى الله عليه وسلم: "وَلَا يُعْلَمُ مِنْهُ طِبٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ"، أي أنه إذا علم منه طب فلا ضمان عليه، وهذا يشمل ما إذا أخطأ، أو لم يخطيء.

- أنه مؤتمن على بدن المريض، والأصل: عدم تضمن الأمين إلا بالتعدي أو التفريط، دون الخطأ، كسائر الأمناء.

- أن جناية الطبيب خطأ تابعة للإذن له في المداواة، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

- أنه مأذون له في المداواة، وما ترتب على المأذون غير مضمون[2].

القول الثاني: أن الطبيب إذا كان حاذقاً وأخطأت يده فإنه يضمن.

وهذا قول جمهور أهل العلم[3]، وحكاه ابن المنذر[4]، وابن عبد البر[5]، وكذا ابن رشد من المالكية إجماعاً[6].

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر والحشفة أو بعضها فعليه ما أخطأ به، يعقله عنه العاقلة"[7].

---

(١) تقدم تخريجه صـ ٥١٣.

(٢) قال الإمام ابن فرحون، "وإذا أذن الرجل لحجام يفصده أو يختن ولده أو البيطار في دابة ، فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس أو عضو أو تلف الدابة أو العبد فلا ضمان عليه لأجل الإذن"، تبصرة الحكام، لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣.

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي، صـ٤٧-٤٨ ، ومعين الحكام للطرابلسي، صـ٢٠٣، والفتاوى الهندية، جـ٤، صـ٤٩٩ ، وبداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٢٣٣، ٤١٨ ، والقوانين الفقهية لابن جزي، صـ٣٤١، وحاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٢٨ ، والفتاوى الفقهية الكبرى، للإمام أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، جـ٢، صـ٤١٨-٤٢٠، طبع ونشر عبدالحميد حنفي، مصر، وأسنى المطالب للأنصاري، جـ٢، صـ٤٢٧، والمغني لابن قدامة، جـ٨، صـ١٢٠-١٢١ ، والعدة شرح العمدة، للشيخ بهاء الدين عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي ، ت ٦٢٤هـ صـ٢٧٠، المطبعة السلفية بمصر، وزاد المعاد لابن القيم، جـ٤، صـ١٤٠ ، والمبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١١٠، والإقناع للحجاوي، جـ٢، صـ٣١٤-٣١٥.

(٤) الإجماع لابن المنذر، صـ٧٤.

(٥) الاستذكار لابن عبدالبر، جـ٢٥، صـ٥٥ .

(٦) بداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٤١٨ ، و بدائع الصنائع للكاساني، جـ٧، صـ٣٠٥.

(٧) الإجماع لابن المنذر، صـ٧٤، وممن نص على تضمين الطبيب في حال جنايته على وجه الخطأ الإمام ابن القيم، والشيخ عبد الله بن سلمون المالكي - رحمهما الله - ينظر: تحفة المودود لابن القيم، صـ١٥٢، والعقد المنظم للحكام، جـ٢، صـ٨٠، بهامش تبصرة الحكام.

لكن عند الحنفية: إن حصل بفعله هلاك ضمن نصف الدية، وإن لم يحصل بفعله هلاك ضمن جميع الدية.

جاء في المبسوط[1]: "ولو أمر رجلا أن يختن عبده، أو ابنه فأخطأ فقطع الحشفة كان ضامنا".

وفي حاشية ابن عابدين[2]: "فإن جاوز المعتاد ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك المجني عليه، وإن هلك ضمن نصف دية النفس، لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه".

وفي بداية المجتهد[3]: " وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية، مثل أن يقطع الحشفة في الختان، وما أشبه ذاك، لأنه في معنى الجاني خطأ".

وفي نهاية المحتاج[4]: ولو أخطأ الطبيب في المعالجة، وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته.

وفي المبدع[5]: فلو كان فيهم حذق الصنعة وجنت أيديهم ... وجبت الدية ".

أدلة هذا القول:

من الكتاب قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ﴾ (سورة النساء من آية ٩٢).

فقد دلت هذه الآية الكريمة على وجوب ضمان النفس المتلفة خطأ، وهي عامة شاملة للخطأ الناشئ عن الأطباء وغيرهم[6] .

---

(١) المبسوط للسرخسي، جـ١٦، صـ١١.
(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٦، صـ٧٢.
(٣) بداية المجتهد لابن رشد جـ٢، صـ٤١٨.
(٤) نهاية المحتاج للرملي، جـ٨، صـ٣٥.
(٥) المبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١١٠.
(٦) راجع في ذلك: أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ٣٦٠.

ويمكن أن يناقش ذلك بأن هناك خلاف بين حالة القتل الخطأ الواردة في الآية، وبين خطأ الطبيب من خلال أن فعل الطبيب الذي ترتب عليه الخطأ في الأساس مأذون فيه.

- استدل الحنفية لتنصيف الدية في الهلاك بأن النفس هلكت بفعل مأذون فيه – وهو التطبيب – وفعل غير مأذون فيه وهو الهلاك، فيضمن ما تجاوز فيه وما لم يؤذن له فيه[1].

ونوقش: بأن ما لم يؤذنَ له فيه تابع لما أذن له فيه، فلا ضمان.

- أنه قتل بغير حق ؛ لأن حقه في قطع السلعة أو الحشفة مثلاً، وقد سرى إلى القتل فيضمن، كما لو جنى خطأ[2].

- ولأن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يرده وأراد غيره وفعل الخاتن والطبيب في هذا المعنى[3].

ونوقش هذان الدليلان: بوجود الفرق ؛ إذ الطبيب أمين قد أذن له، بخلاف المخطىء.

- أن جناية يد الطبيب إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فيضمن، كإتلاف المال[4]، إذ حق الآدميين مبني على المشاحة[5].

ويمكن أن يناقش: بوجود الفرق بين الخطأ في إتلاف المال، وخطأ الطبيب، بأن المتلف للمال لم يؤتمن عليه، بخلاف خطأ الطبيب فقد ائتمنه المريض على بدنه، والأمين لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط كالمودع، والمضارب، ومستأجر العين.

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٦، صـ٧٢ .

(٢) الهداية للمرغيناني (مع شرح فتح القدير) جـ١٠، صـ٢٥٩ ، وبداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٤١٨.

(٣) الاستذكار لابن عبد البر، جـ٢٥، صـ٥٣.

(٤) المغني لابن قدامة، جـ٨، صـ١٢٠-١٢١ ، والعدة شرح العمدة، صـ٢٧٠ ، والمبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١١٠.

(٥) المُشاحَّةُ: بتشديد الحاءِ : " الضِّنَّةُ . و " قولهم : " تَشَاحَّا على الأمر " أي تَنازَعَاه " لا يُرِيدان " – أي كلُّ واحدٍ منهما – " أن يَفوتَهما " ذلك الأَمْرُ . تَشاحَّ وتَشَاحَّ الخَصْمان في الجَدَل كذلك وهو منَه . وفلانٌ يُشاحُّ على فُلانٍ أي يَضَنّ به ، ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، للزَّبِيَدي، باب شحح، جـ١، صـ ١٦٤٤.

- أن جناية يد الطبيب فعل محرم، فيضمن سرايته، كالقطع ابتداء[1].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: بأنه لا يسلم بأن خطأ الطبيب محرم، لعدم تعمده، فلا إثم عليه.

الوجه الثاني: وجود الفرق بين القطع ابتداء، وبين خطأ الطبيب، فمن قطع ابتداء يضمن، لعدم ائتمانه على البدن، وأمّا خطأ الطبيب فيعفى عنه لائتمانه على البدن، والإذن له في المداواة، وما ترتب على المأذون غير مضمون، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

- أن الطبيب إذا جنت يده خطأ فهو في معنى الجاني خطأ، فيضمن[2].

ونوقش هذا التعليل: بما نوقش به التعليل السابق.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة - والله أعلم بالصواب - هو القول الأول القائل بأن الطبيب إذا كان حاذقاً وجنت يده خطأ فإنه لا يضمن؛ لقوة ما استدلوا به، ولعدم سلامة أدلة الموجبين للضمان، ولكن بشرط أن يكون الطبيب قد التزم بالضوابط اللازمة، ولم يفرط أو يقصر في أداء التزامه.

ولكن في حالة ضمان الطبيب لتقصيره أو عدم علمه وغير ذلك من الأمور السابقة فمن يتحمل الضمان، ثار خلاف بين الفقهاء في هذا الشأن على قولين:

القول الأول:

أن الطبيب إذا أخطأ فأتلف بخطئه نفساً فما دونها فعليه دية تحملها العاقلة عنه، وهذا قول جمهور العلماء، فهو مذهب أبي حنيفة[3]، ومالك[4]، والشافعي[5]، وأحمد بن حنبل[6] رحمهم الله.

---

(١) المغني لابن قدامه، جـ٨، صـ١٢١، والعدة شرح العمدة، صـ٢٧٠ ، والمبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١١٠، وكشاف القناع للبهوتي، جـ٤، صـ٣٥.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٤١٨ .

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي، جـ١٦، صـ١١ ، والهدية للمرغيناني (مع فتح القدير) جـ١٠، صـ٢٥٩ ولم أجد تصريحا في كونها على العاقلة ، لكن بالنظر إلى أن فعل الطبيب خطأ باعتبار قصده فيكون على العاقلة ، وقد نسب ابن عبد البر إلى الحنفية كونها على العاقلة، ينظر: الاستذكار لابن عبدالبر، جـ٢٥، صـ٥٣.

(٤) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٤١٨، وتبصرة الحكام لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٣١.

(٥) روضة الطالبين للنووي، جـ٧، صـ٣٩١.

(٦) الفروع لابن مفلح، جـ٤، صـ٤٥١-٤٥٢ ، وشرح الزركشي، جـ٤، صـ٢٤٩ ، والمبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١١٠.

قَالَ الإمامُ مَالِك[1] "الأمر المُجْتَمَعُ عَليه عندنا أن الطبيب إذا ختن فقطع الحشفة إن عليه العقل وأن ذلك من الخطأ الذي تحمله العاقلة وأن كل ما أخطأ به الطبيب أو تعدى إذا لم يتعمد ذلك ففيه العقل".

وجاء في نهاية المحتاج[2]: "ولو أخطأ الطبيب في المعالجة، وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته"

وفي المبدع[3]: "فلو كان فيهم حذق الصنعة، وجنت أيديهم، بأن تجاوز الختان إلى بعض الحشفة، أو تجاوز الطبيب بقطع السلعة موضعها، أو بآلة كالّة يكثر ألمها، وجبت ..، وحكى ابن أبي موسى[4]: إذا ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خاتنتها".

أدلة هذا القول:

استدل من قال بأن دية ما أخطأ فيه الطبيب على العاقلة بما يأتي:

- الأحاديث التي تدل على ضمان الطبيب إذا أخطأ، ومنها قوله ﷺ: "مَنْ تَطَبَّبَ وَلَا يُعْلَمُ مِنْهُ طِبٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ"[5]،والخطأ على العاقلة بالإجماع[6] .
- ما ورد عن عمر – رضي الله عنه – أن ختانه كانت بالمدينة ختنت جارية فماتت، فجعل عمر ديتها على عاقلتها[7].

---

(١) موطأ الإمام مالك، صـ ٦١٤ .
(٢) نهاية المحتاج للرملي، جـ٨، صـ٣٥.
(٣) المبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١١٠-١١١.
(٤) هو : محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي ، ولد سنة ٣٤٥هـ ، وتوفي سنة (٤٢٨هـ) ، وتوفي سنة (٤٢٨هـ) ، قاض من علماء الحنابلة ، له حلقة في جامع المنصور، وصنف كتباً منها الإرشاد ، وشرح كتاب الخرقي، ينظر: الأعلام للزركلي، جـ٥، صـ٣١٤.
(٥) سبق تخريجه صـ ٤٨٨ من البحث.
(٦) الإجماع لابن المنذر، صـ١٥١.
(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، جـ٩، صـ٤٧٠ ، برقم (١٨٠٤٥) ، ومصنف ابن أبي شيبة في الأحاديث والآثار، للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ابراهيم بن عثمان ابن أبي بسكر بن أبي شيبة الكوفي العبسي المتوفي سنة ٢٣٥ هـ، جـ٩، صـ٣٢٣ ، وإسناده صحيح ، ضبط وتعليق الأستاذ/ سعيد اللحام، مراجعة وتصحيح مكتب الدراسات والبحوث في دار الفكر، ط. دار الفكر.

• أن هذا جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة، وهو مسمى القتل[1]، ولا يكون عمدا لعدم قصد القتل فيه، ولا يكون شبه عمد أيضاً؛ لأنه لم يقصد جناية، وإنما قصد إصلاح المريض، فيكون خطأ، والخطأ تحمله العاقلة.

القول الثاني:

أن الطبيب إذا أخطأ فتلف بخطئه نفس فما دونها وجب عليه ضمانها بالدية، وتكون في مال الطبيب، ولا تتحملها العاقلة، وهذا القول مروي عن عمر وعلي – رضي الله عنهما –[2]، وذكره بعض المالكية[3].

أدلة هذا القول:

• ما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن رجلاً كان يختن الصبيان فقطع من ذكر الصبي فضمنه[4].

ونوقش هذا الأثر: بأنه قد ورد عن عمر رضي الله عنه خلافه، فقد روى أبو المليح[5] أن ختانة كانت بالمدينة ختنت جارية، فماتت فجعل عمر رضي الله عنه ديتها على عاقلتها[6]، وهذا الأثر أولى لموافقته للقياس، وهو أن الخطأ تحمله العاقلة.

• ورد أن امرأة خفضت جارية فأعنتتها فماتت، فضمّنها علي رضي الله عنها الدية[7].

ونوقش: بأنه ضعيف لا يثبت، كما أنه يمكن حمله على أن علياً رضي الله عنه ضمنها الدية على عاقلتها، ونسبت إليها لأنها مستببة فيها، أو أنه ضمنها في مالها لكونها ليست من أهل المداواة .

---

(١) الهداية للمرغيناني مع تكملة فتح القدير، جـ١٠، صـ٢٥٩.

(٢) الاستذكار لابن عبد البر، جـ٢٥، صـ٥٣–٥٥ .

(٣) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٤١٨ ، والاستذكار لابن عبد البر، جـ٢٥، صـ٥٣.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، جـ٩، صـ٤٧٠.

(٥) هو: أبو المليح بن أسامة بن عمير بن عامر الهذلي ، البصري ، قيل : اسمه زيد ، وقيل : عامر، وقيل غير ذلك، مات سنة (٩٨هـ) ، وقيل : سنة (١٠٨هـ) ، ثقة .ينظر : الجرح والتعديل، جـ٦، صـ١٧٨ ، وتقريب التهذيب لابن حجر، صـ ٨٣٩ .

(٦) مصنف ابن أبي شيبة، جـ٦، صـ٣٦٩ .

(٧) مصنف ابن أبي شيبة، جـ٦، صـ٣٦٩، وفي إسناده سعيد بن يوسف ، وهو ضعيف، ينظر: التقريب والتيسير لمعرفة سنن البشير النذير في أصول الحديث، لابن شرف النووي، جـ١، صـ٣٠٩، طبعة دار الفكر.

الترجيح:

يترجح في نظري – والله أعلم – القول بأن ضمان خطأ الطبيب على العاقلة، لقوة ما استدلوا به، ولأن هذا هو الأصل في الديات، من أن ما كان خطأ تحمله العاقلة تخفيفاً على الجاني، ولأنه يكثر الخطأ في فعل الأطباء، فإيجاب الدية عليهم في أموالهم إجحاف بهم، وسداً لباب التطبيب، لا سيما المواضع التي يكون المريض فيها في حالة حرجة، فلا يقدم أحد على علاجه، وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك فقال: "وأجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر والحشفة أو بعضهما فعليه ما أخطأ به يعقله عنه العاقلة"[(١)].

الحالة الثالثة: أن يكون الطبيب حاذقاً، لكن يداوي المريض بلا إذن، وهنا نفرق بين أمرين[(٢)]:

الأمر الأول: أن يكون الطبيب غير متبرع، بالمداواة، بل مستأجر، فلابد من رضا المريض وأهليته للإذن بأن يكون بالغاً عاقلاً، فإن لم يكن أهلاً فلابد من إذن وليه.

إذ إن عقد الإجارة يعتبر فيه رضا المتعاقدين؛ قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ (النساء: من آية ٢٩) والإجارة تجارة[(٣)]، ويعتبر فيها أهلية العاقد فلا يصح عقد الإجارة من الصبي والمجنون، لأنه محجور عليهما في تصرفاتهما المالية، والإجارة مشتملة على المعاوضة المالية.

---

(١) الإجماع لابن المنذر، صـ١١٩ .

(٢) وذلك في غير حالة ما إذا تعذر استئذان المريض، أو وليه ، وكان في تأخير المداواة ضرر على المريض بتلف نفس ، أو عضو أو منفعة، لإذن الشارع له بذلك ، قال تعالى:﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ (المائدة: من آية ٢) ، ولما روى عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : "انْصُرْ أَخَاكَ ظَالِمًا أَوْ مَظْلُومًا" أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب: المظالم ، باب: أعن أخاك ظالماً أو مظلوماً، رقم (٢٢٣٦) جـ٦، صـ٣١٢.
ولأنه يغلب على الظن موافقة المريض لو علم بحالته، إذ الإنسان حريص على نجاة نفسه، وسلامة أعضائه.
وكذلك إذا كان المرض من الأمراض المعدية التي يخشى تعديها للغير؛ والقواعد الفقهية تقضي بأنه : لا ضرر ولا ضرار، و الضرر يزال، ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، صـ٨٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٨٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني، جـ٤، صـ١٧٩.

وعلى هذا يضمن الطبيب ما حصل بمداوته من تلف باتفاق الأئمة[1] .

الأمر الثاني: أن يكون متبرعاً، وقد اختلف الفقهاء في تضمينه في هذه الحال على قولين:

القول الأول: أن الطبيب لا يضمن في هذه الحال، وبه قال ابن حزم[2]، واختاره ابن القيم[3] وبعض فقهاء الحنابلة[4] رحمهم الله.

حجة هذا القول: استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ۝﴾ (المائدة من آية ٢).

وجه الدلالة: أن الطبيب إذا أقدم على فعل الجراحة قاصداً نفع المريض، ولم يتعد في فعله كان معيناً لذلك المريض على الطاعة والبر، بشفائه من علته التي تعيقه عن تلك المصالح الدينية[5].

ويجاب عنه: بأنه ليس من البر أن يُقدم الطبيب على إيلام المريض وأذيته بالجراحة بدون رضا منه، فهي بذلك ليست من البر، بل هي متضمنة للاعتداء والأذية، ما دامت بدون رضا المريض.

ثم لو قلنا بجواز فعل الأطباء للجراحة بدون إذن المرضى بناء على أنهم قاصدون للبر، للزم منه أن يقال بجواز أخذ التجار — الذين يحسنون صنعة التجارة — لأموال الناس ولو بغير رضاهم ليتاجروا بها، وينفعوهم بتلك المتاجرة، وإذا خسروا لا ضمان عليهم؛ إذ لم يتعدوا وهذا لم يقل به أحد، فإذا انتفى اعتبار ذلك في الأموال، فمن باب

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، جـ٤، صـ١٧٦ ، وحاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٣ ، وروضة الطالبين للنووي، جـ٥، صـ١٧٣ ، والمبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ٨٩ .
(٢) المحلى ، لابن حزم، جـ١٠، صـ٤٤٤ .
(٣) زاد المعاد، لابن القيم، جـ٤، صـ١٤١.
(٥) الإنصاف للمرداوي، جـ٦، صـ٧٥.
(٦) المحلي لابن حزم، جـ١٠، صـ٤٤٤.

أولى أن ينتفي اعتباره في الأبدان التي هي أعظم حرمة عند الله تعالى، وتلفها لا يمكن تعويضه بخلاف المال[1] .

- قوله تعالى: ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٩١﴾ ﴾ (التوبة: ٩١).

وجه الدلالة: أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه، ولم يتعد في علاجه فهو محسن، بفعله فلا سبيل عليه بالضمان[2].

ويجاب عنها: بأن الطبيب لا يعتبر محسناً في حال إقدامه على جرح الغير وأذيته بفعل الجراحة من غير إذنه ورضاه، بل هو مسيء إلى ذلك الغير بإيلامه والتسبب في جرحه بدون إذنه[3].

- قوله ﷺ: " تَدَاوَوْا فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ شِفَاءً "[4] .

وجه الدلالة: أن الطبيب ممثل لأمر الشرع بمداواته، ولو بغير إذنه[5].

ويجاب عنه: بأن الاستدلال به مبني علي أن التداوي واجب بناء على ظاهر الأمر الوارد فيه، والصحيح أن التداوي مندوب؛ لورود الدليل الصارف لهذا الأمر عن ظاهره.

- أن الطبيب إذا عالج بدون إذن ولي المريض، فإنه إن كان متعدياً، فلا أثر لإذن الولي في إسقاط الضمان، وإن لم يكن متعديا فلا وجه لضمانه[6].

ويجاب عنه: بأن إيجاب الضمان هنا لتعديه بالجراحة بدون إذن المريض أو وليه، ولا عبرة بنتيجة فعله.

---

(١) أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ ٣٦٣ .
(٢) المحلي لابن حزم، جـ١٠، صـ٤٤٤.
(٣) راجع في ذلك : أحكام الجراحة الطبية ، د/ محمد الشنقيطي، صـ ٣٦٣ .
(٤) سبق تخريجه صـ ٨٦.
(٥) المحلي لابن حزم، جـ١٠، صـ٤٤٤.
(٦) زاد المعاد لابن القيم، جـ٤، صـ١٤١.

القول الثاني: أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المكلف، أو ولي غير المكلف، فإنه يضمن ما حصل بسبب مداوته من تلف، وهو قول جمهور أهل العلم من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه، فإن ذلك يعد تعديا على المريض؛ لعدم الإذن، فيضمن[5] .
- وناقشه ابن القيم بقوله: " قلت: العدوان وعدمه إنَّما يرجع إلى فعله هو، فلا أثر للإذن وعدمه فيه"[6] .
- أن الأصل يقتضي إيجاب الضمان، فإذا أذن المكلف كان مسقطاً لحقه بذلك الإذن، وإذا لم يأذن بقي حكم الأصل الموجب للتضمين[7].

ونوقش: بعدم التسليم بأن الأصل إيجاب الضمان إلا إذا تعدى الطبيب أو فرط أثناء المداواة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة - والله أعلم بالصواب - هو القول الأول القائل بأن الطبيب لا يضمن إذا عالج ولم يتعد أو يفرط في علاجه سواء أُذن له إذا كان متبرعاً أم لم يُؤذن له؛ لقوة ما استدلوا به .

---

(١) تكملة البحر الرائق للطوري، جـ٨، صـ٣٣، والفتاوى الهندية، جـ٥، صـ٣٥٧.

(٢) العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، للإمام أبي محمد عبدالله بن عبدالله سلمون الكناني، جـ٢، صـ٨٠ ط. الأولى بالمطبعة العامرة الشريفة بمصر سنة ١٣٠١هـ بهامش التبصرة، وتبصرة الحكام لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣.

(٣) روضة الطالبين للنووي، جـ٩، صـ١٦٤، ١٦٥، والمهذب للشيرازي، جـ٢، صـ٣٠٦، وراجع في إسناد هذا الرأي للشافعية، مسؤولية الأطباء، د/ أحمد إبراهيم، مجلة الأزهر المجلد ١٩ عدد ذي القعدة عام ١٣٦٧هـ.

(٤) المغني والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢١، وجاء في الإنصاف: "يشترط لعدم الضمان في ذلك أيضاً وفي قطع سلعة ونحوه إذن المكلف، أو الوالي، فإن لم يأذنا ضمن على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب"، ينظر: الإنصاف للمرداوي، جـ٦، صـ٥٧.

(٥) تكملة البحر الرائق للطوري، جـ٨، صـ٣٣، والعقد المنظم للحكام لابن سلمون، جـ٢، صـ٨٠ ، وروضة الطالبين للنووي، جـ٩، صـ١٦٤، والإنصاف للمرداوي، جـ٦، صـ٧٥ .

(٦) المغني لابن قدامة، جـ٨، صـ١٢١ ، وكشاف القناع للبهوتي، جـ٤، صـ٣٥.

(٧) هذا الدليل مفهوم من كلام الإمام ابن قدامة، والإمام ابن القيم - رحمهما الله - ينظر: المغني والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢١، وتحفة المودود لابن القيم، صـ١٥٣.

كما يظهر جلياً من خلال العرض السابق وجوب اعتبار الأصول العلمية والتقيد بها أثناء القيام بمهام الجراحة الطبية، وأن مخالفتها والخروج عنها أمر محرم وموجب للمسئولية، وهو الأمر الذي أكده الإمام الشافعي - رحمه الله - من قبل بقوله: "وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن"[1] .

فاعتبر - رحمه الله - الأصول العلمية المتبعة عند أهل العلم بمهمة الجراحة، فأسقط الضمان بالتزامها وأوجبه بالخروج عنها، كما أشار إلى ذلك العلامة ابن القيم - رحمه الله - فقال: "وإن كان الخاتن عارفاً بالصناعة، وختن المولود في الزمن الذي يختن فيه مثله، وأعطى الصناعة حقها، لم يضمن سراية الجرح اتفاقاً"[2]، ومن هذا كله نخلص إلى القول باعتبار الفقه الإسلامي لخروج الأطباء، ومساعديهم عن الأصول العلمية أمراً موجباً للمسئولية المهنية.

(١) الأم للشافعي، جـ٦، صـ١٦٦.
(٢) تحفة المودود، لابن القيم، صـ١٥٣.

الفرع الثالث

في الجهل

والمراد به أن يقدم الإنسان على فعل أي مهمة من المهمات المتعلقة بالجراحة الطبية دون أن يكون أهلاً لفعلها، وبهذا المعنى يشمل الجهل بنوعيه الكلي، والجزئي، وقد سبق أن تعرضنا لحكم الجهل الجزئي عند التعرض لتعدي الطبيب ومخالفته للأصول الطبية المعتمدة وبقي لنا معرفة حكم من يُقدم على فعل مهمات الجراحة وهو جاهل بها بالكلية، وهو ما يسميه العلماء ـ رحمهم الله ـ بالمتطبب[1]، أخذاً من قوله ﷺ: "مَن تَطَبَّبَ ولم يُعلَمْ منه الطِّبُّ قبل ذلك، فهو ضَامِنٌ"[2].

قال الإمام ابن القيم — رحمه الله — في شرحه لهذا الحديث: "والطبيب — في هذا الحديث — يتناول من يطبه بوصفه، وقوله، وهو الذي يخص باسم الطبائعي، وبمروده، وهو الكحال، وبمبضعه، ومراهمه وهو الجرائحي، وبموساه وهو الخاتن، وبريشته وهو الفاصد، وبمحاجمه ومشرطه وهو الحجام، وبخلعه ووصله ورباطه وهو المجبر، وبمكواته وناره وهو الكواء، وبقربته وهو الحاقن ...، فاسم الطبيب يطلق لغة على هؤلاء كلهم، كما تقدم، وتخصيص الناس له ببعض أنواع الأطباء عرف حادث"[3].

فبين — رحمه الله — عموم دلالة قوله ﷺ: " مَن تَطَبَّبَ "، ونص على أنه شامل للطبيب الجراح، وأن تخصيص العرف للفظ الطب ببعض أنواعه، لا يمنع من اعتبار الأصل الموجب لشموله جميع فروع الطب، ومنها الجراحة، كما بين دخول الطبيب الواصف بالقول، والفعل، وما في حكمه كالطبيب الفاحص.

ومن هذا كله نخلص إلى القول بإيجاب الضمان على كل من الطبيب الجراح، والطبيب الفاحص، إذا قاما بفعل أي مهمة من المهمات الجراحية في حال جهلهم، ونتج عنها ضرر بالمريض .

---

(١) الطب النبوي لابن القيم، صـ١٠٩.
(٢) سبق تخريجه صـ ٥١٣.
(٣) الطب النبوي لابن القيم، صـ١١٢.

وكما دلت السنة علي إيجاب الضمان على هذا الصنف من الأطباء، كذلك دل الإجماع، قال ابن رشد الحفيد: "ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد"[1].

وهذا النوع من الأخطاء الواردة من جانب الأطباء، يعتبر من أشد أنواع التعدي وأعظمها جرمًا بعد العدوان؛ نظراً لما يشتمل عليه من الاستخفاف بحرمة الأجساد والأرواح وتعريضها للتلف، وقد أصطلح الفقهاء - رحمهم الله - على تسمية الطبيب الجاهل بأنه الطبيب غير الحاذق، بأن يكون متطبّبا جاهلا، ونفرق هنا بين أمرين:

الأمر الأول: أن لا يعلم المريض بعدم حذقه، بل ظن حذقه.

ففي هذه المسألة يضمن الطبيب باتفاق الأئمة[2]، قال ابن القيم: وكذلك إن وصف له دواء يستعمله، والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به ضمنه، والحديث ظاهر فيه، أو صريح"[3].

وقد نقل الخطابي، الإجماع على ذلك، حيث قال: لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعد، فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود ؛ لأنه لا يستبدّ بذلك دون إذن المريض[4].

وقال ابن القيم: إذا تعاطى علم الطب وعمله، ولم يتقدم له به معرفة، فقد هجم على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غرر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك، وهذا إجماع من أهل العلم[5].

والدليل على ذلك: الكتاب، والسنة، والمعقول:

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ، جـ٢، صـ٣٤٢ ، ط دار الفكر.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، صـ٢٩٠ ، والفتاوى الهندية، جـ٤، صـ٤٩٩ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٦، صـ٦٨-٦٩، والمبسوط للسرخسي، جـ٢٤، صـ١٥٧، وبداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، صـ٢٣٣، والقوانين الفقهية لابن جزي، صـ٣٤١، وحاشية الدسوقي، جـ٤، صـ٢٨، والتاج والإكليل، جـ٥، صـ٤٣١، وحواشي الشرواني، جـ٩، صـ ١٩٧، والفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي، جـ٢، صـ٤١٨-٤٢٠ ، وحاشية قليوبي وعميرة، جـ٣، صـ٧٨، والمغني لابن قدامة، جـ٨، صـ١١٧، والعدة شرح العمدة للمقدسي ، صـ٢٧٠، والمبدع لابن مفلح، جـ٥، صـ١١٠.

(٣) زاد المعاد لابن القيم، جـ٤، صـ١٤٠.

(٤) معالم السنن للخطابي، جـ٤، صـ٣٩ .

(٥) الطب النبوي لابن القيم، صـ٤٩.

- قوله تعالى: ﴿ فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ (البقرة: من آية ١٩٣)

فدلت الآية الكريمة: أن الأصل في المعتدي: وجوب الضمان، ويدخل في ذلك الطبيب إذا لم يكن حاذقاً.

- ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: "مَن تَطَبَّبَ ولم يُعلَمْ منه الطِّبُّ قبل ذلك، فهو ضَامِنٌ"[1].

وفي لفظ: "أَيُّمَا طَبِيبٍ تَطَبَّبَ عَلَى قَوْمٍ لَا يُعْرَفُ لَهُ تَطَبُّبٌ قَبْلَ ذَلِكَ فَأَعْنَتَ فَهُوَ ضَامِنٌ"[2].

وفي لفظ آخر: "مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يَكُنْ بِالطِّبِّ مَعْرُوفًا فَأَصَابَ نَفْسًا فَمَا دُونَهَا فَهُوَ ضَامِنٌ"[3].

قال ابن القيم: وقوله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ تَطَبَّبَ" ولم يقل: من طبّ ؛ لأن لفظ التفعل يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسر وكلفة، وأنه ليس من أهله كتحلّم وتشجع وتصبر ونظائرها[4]

- أن الطبيب إذا لم يكن حاذقاً وعارفاً بالطب لم يحل له مباشرة العلاج بالقطع وغيره، وإذا فعل كان فعلا محرما ؛ لعدم الإذن له بالفعل، فيضمن سرايته[5].

وفي قول للشافعية: أن الضمان على العاقلة[6].

---

(١) تقدم تخريجه صـ ٥١٣ من البحث.

(٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الديات، باب: فيمن تطبب بغير علم فأعنت، رقم (٣٩٧٢) جـ٤، صـ١٩٥.

(٣) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم (٣٤٨٨)، جـ٣، صـ١٩٦، وقال : "لم يسنده عن ابن جريج غير الوليد بن مسلم ، وغيره يرويه عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب مرسلا، عن النبيّ ﷺ" ، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب القسامة ، باب ما جاء فيمن تطبّب بغير علم فأصاب نفساً فما دونها، جـ٨، صـ١٤١.

(٤) زاد المعاد، لابن القيم، جـ٤، صـ١٣٨ ، وينظر أيضاً : فتاوى إمام المتقين، ورسول رب العالمين لابن القيم، صـ٢٠٦.

(٥) المغني لابن قدامة، جـ٨، صـ١١٧، كشاف القناع، للبهوتي، جـ٤، صـ٣٥.

(٦) روضة الطالبين، للنووي، جـ٧، صـ٣٩١ ، ونهاية المحتاج للرملي، جـ٨، صـ٣٥.

الأمر الثاني: أن يعلم المريض أنه جاهل لا علم له، وأذن له في طبه، فظاهر إطلاق الفقهاء: أنه يضمن[1].

وظاهر كلام ابن القيم أنه لا يضمن حيث قال – رحمه الله –: "إذا تعاطي علم الطب وعمله، ولم يتقدم له به معرفة، فقد هجم على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غرر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك، وهذا إجماع من أهل العلم"[2].

ووجه الدلالة من ذلك: قوله –رحمه الله– " فيكون قد غرر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك" حيث إنه قد ربط بين إيجاب الضمان وبين وجود الغش والتدليس من جانب الطبيب "التغرير بالعليل".

فمتي عَلم المريض بجهل الطبيب ومكنه من فعل المهمة التي يجهلها، فإنه حينئذ يعتبر راضياً بما ينشأ عن فعله من أضرار، ومن ثم يسقط حقه في المطالبة بضمان ما أتلفه ذلك الطبيب الذي أذن له بالعمل[3] .

لكن يظهر لي – والله أعلم – أن الطبيب يضمن ؛ لكونه متعدياً لعدم حذقه، وإذن المريض في مداوته غير معتبر إذ إن بدن المريض أمانة عنده، لا يملك التصرف فيه إلا بحسب ما أُذن له فيه شرعاً، والشرع لا يأذن له أن يتداوى عند من يعرف عدم حذقه، لكن ما يضمنه الطبيب لا يعطى للمريض، لتفريطه بالإذن، بل يجعل في بيت المال، أو يتصدق به على الفقراء، مع الإثم لكل من الطبيب والمريض، والذي يرجح في نظري هذا الضمان أن الفقهاء عندما تكلموا عن الطبيب غير الحاذق لم يفرقوا بين أذن المريض من عدمه ومن ذلك.

قال ابن نجيم – رحمه الله –: "... قطع الحجام لحماً من عينه، وكان غير حاذق فعميت، فعليه نصف الدية"[4].

---

(١) ينظر: المنتقى للباجي، جـ٧، صـ٧٧ ، والمغني لابن قدامة، جـ٥، صـ٥٣٨ ، والأم للشافعي، جـ٦، صـ١٨٦.

(٢) الطب النبوي لابن القيم، صـ١٠٩.

(٣) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي ، صـ٣٥٦ ، ونفس المعنى : حول مسئولية الأطباء، الشيخ/ محمد علي النجار، حيث ذهب إلى: أن إذن المريض بفعل الجراحة إذا كان مبنياً على التدليس فلا يكون موجباً لإسقاط الضمان، منشور بمجلة الأزهر المجلد العشرون عدد محرم سنة ١٣٦٨، صـ٥٢.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم، صـ٢٩٠، ومثله في: الدر المختار للحصكفي، جـ٢، صـ٢٩٠.

فقوله: "وكان غير حاذق"، المراد أنه جاهل بتلك المهمة التي قام بفعلها، ثم بين حكمه وأنه يجب عليه ضمان نصف الدية؛ لأن العين من الأعضاء المثناة في جسم الإنسان تضمن الدية كاملة بتلف كلتا العينين، ونصفها بتلف الواحدة منهما، كما هو الحال في مسألتنا"[1].

وقال الشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي– رحمه الله –: "... إن عالج بالطب المريض، ومات من مرضه لا شيء عليه، بخلاف الجاهل أو المقصر، فإنه يضمن ما نشأ عن فعله ..."[2].؟

فاعتبر – رحمه الله – الجهل بالفعل موجباً لضمان ما نشأ عن ذلك الفعل من ضرر.

وقال الشيخ شهاب الدين القليوبي الشافعي – رحمه الله –: "شرط الطبيب أن يكون ماهراً، بمعنى أن يكون خطؤه نادراً وإن لم يكن ماهراً في العلم فيما يظهر، فتكفي التجربة، وإن لم يكن كذلك لم يصح العقد، ويضمن ..."[3].

فقوله: "إن لم يكن كذلك": أي لم يكن معروفاً بمهارته لا بالعلم، ولا بالتجربة، وذلك هو الجاهل، ثم نص على حكمه بأنه لا يصح التعاقد معه، وألزمه الضمان، وذلك إذا نتج عن فعله الضرر.

وقال الإمام ابن قدامة المقدسي الحنبلي –رحمه الله–: "... أن يكونوا ذوي حِذْق في صناعتهم، ولهم بها بصَارَة وَمعرفة ؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع، وإذا قطع مع هذا كان فعلا محرما، فيضمن سرايته، كالقطع ابتداء.."[4].

---

(١) أجمع العلماء – رحمهم الله – على أن الأعضاء المثناة في الإنسان: كالعينين، واليدين، والرجلين، والأذنين، ونحوهما تجب الدية بتلفهما، ونصف الدية بتلف العضو الواحد منهما، ينظر: الإجماع لابن المنذر، صـ٧٣، ومغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام، للإمام جمال الدين بن يوسف بن عبد الهادي الحنبلي ، المتوفى سنة ٩٠٩هـ، تحقيق الشيخ عبدالعزيز بن محمد آل الشيخ، صـ٢٠٨.

(٢) الفواكه الدواني للنفراوي، جـ٢، صـ٤٤٠، ومثله في: تبصرة الحكام لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٣، والعقد المنظم للحكام لابن سلمون، جـ٢، صـ٨٠، بهامش التبصرة.

(٣) حاشية قليوبي وعميرة، جـ٣، صـ٧٨، ومثله في : حاشية الرملي على شرح التجريد، جـ٢، صـ٤٢٧، بهامش أسنى المطالب.

(٤) المغني والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٦، صـ١٢٠، ومثله في: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، جـ٢، صـ٣٧٧.

فبين -رحمه الله- أن الطبيب إذا كان جاهلاً وأقدم على فعل الجراحة كان ضامناً لكل ما ينشأ عن فعله من ضرر، وبهذه العبارات يتأكد ما تقدم من حكاية ابن رشد الحفيد الإجماع على إيجاب الضمان على الطبيب الجاهل، ويلحق به كل من كان في حكمه كالمساعدين من المخدر، والمصور بالأشعة، والمناظير، والممرضين ... ونحوهم، فكل هؤلاء ينزلون منزلة الأطباء في إيجاب الضمان عليهم إذا أقدموا على فعل أي مهمة وهم جاهلون بها عمليًا أو نظريًا، أو عمليًا ونظريًا؛ لاتحاد الموجب للضمان في كلتا الطائفتين "الأطباء، ومساعديهم"، وهو إقدام الجميع على أداء مهمة في حال جهلهم[1].

---

(١) أحكام الجراحة الطبية، د/ محمد الشنقيطي ، صـ٣٥٥.

المطلب الثاني

الضرر في الفقه الإسلامي

مفهوم الضرر:

الضرر في اللغة: ضد النفع، يقال: ضَرَّه يضرّه ضُراً وضرراً: إذا ألحق به مكروها أو أذى[1].

وفي الاصطلاح:

عرفه الفقهاء بتعريفات متعددة لم يخل كثيراً منها من المناقشة[2]، وأفضل ما قيل في تعريف الضرر أنه: "إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً"[3]، أو هو "الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته".[4]

ويتضح من هذه التعريفات أن الضرر يشمل كل إيذاء يلحق بالشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، فهو إما ضرر مادي يصيب جسم الإنسان

---

(١) ينظر: المفردات في غريب القرآن للأصفهاني، صـ٢٩٦ ، ٢٩٧، ومختار الصحاح للرازي، صـ٣٧٩، ولسان العرب لابن منظور، جـ٤، صـ٤٨٢– ٤٨٨ ، المصباح المنير للفيومي، صـ١٣٦، ١٣٧، والقاموس المحيط للفيروزآبادي، جـ٢، صـ٧٤.

(٢) من هذه التعريفات :
أنه : " ألم القلب ؛ لأن الضرب يسمى ضرراً ، وتفويت منفعة الإنسان يسمى إضراراً، والشتم والاستخفاف يسمى ضررا، ولابد من جعل اللفظ اسماً لمعنى مشترك بين هذه الصور؛ دفعاً للاشتراك ، وألم القلب معنى مشترك ، فوجب جعل اللفظ حقيقة فيه ".
ينظر: المحصول في علم أصول الفقه، لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ت ٦٠٦هـ ١٢٠٩م، جـ٦، صـ١٠٥، دراسة وتحقيق د/ جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٢ هـ، ١٩٩٢م.
وقد تُعقب هذا التعريف بأنه من " قول الأصوليين ، كما أن التعريف اللغوي للضرر وهو خلاف النفع أعم من هذا القول "، ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ت٧٧١هـ جـ٣، صـ١٧٨، ط/ مكتبة الكليات الأزهرية ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م، تحقيق د/ شعبان محمد إسماعيل.
وأنه: "هو ما يقابل النفع من النقص في النفس، أو الطرف، أو العرض، أو المال. ينظر: كفاية الأصول للملا محمد كاظم الخراساني ت١٣٢٩هـ، جـ٢، صـ٧٢، ط/ حجر، إيران ١٣٢٧هـ.
وقد تعقب هذا التعريف على أساس أنه: "ينبغي أن يضاف إلى ذلك : العقل، والدين المتممين للأمور الخمسة ، التي جاءت الشريعة للحفاظ عليها"، ينظر: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، د/ يعقوب عبدالوهاب حسين صـ٤٠٥، ط / دار النشر الدولي، ط/ الثانية ١٤١٦هـ.

(٣) الفتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيثمي (الإمام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي) طبعة المطبعة العامرة الشرقية، القاهرة ١٣٢٠هـ، ص٢١١، " فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي جـ٦، صـ٤٣١، ط/ المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ط /الأولى ١٣٥٦هـ، وشرح الزرقاني على موطأ مالك، جـ٤، صـ٤٠، ط / دار الكتب العلمية ، بيروت، ط / الأولى ١٤١١هـ، ينظر كذلك: المدخل الفقهي العام د/مصطفى أحمد الزرقا، جـ٢، رقم ٥٨٦، صـ٩٧٧.

(٤) المدخل للفقه الإسلامي، د/ محمد سلام مدكور، صـ٥٥.

وماله، أو ضرر معنوي يصيب عاطفته وشعوره، ويتلاقى بذلك تعريف الضرر في الشريعة مع تعريفه عند القانونيين[1].

وكما أن الضرر ركن للمسئولية في الفقه القانوني، فإنه يحتل ذات المرتبة في الفقه الإسلامي، فلا ضمان بغير ضرر، وقد اشترط الفقهاء الأوائل الضرر كركن ضروري للضمان، ومن ذلك ما جاء في فتح القدير من أنه "لابد أن يتوسط بين السبب وبينه -أي الحكم- علة، فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب"[2].

والمقصود بالسبب هنا التعدي أو الخطأ (خطأ الطبيب)، والحكم هو الضمان (مسئولية الطبيب)، أما العلة فهي الضرر (الأذى الذي لحق بالمريض)، وحيث إن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، فإنه إذا انتفى الضرر انتفى تبعًا لذلك الحكم بتضمين الطبيب.

وفي ضوء هذا المفهوم للضرر، فإنه قد يكون ماديًا، كتلك الأضرار التي تصيب المريض في سلامة جسده وحياته[3] وقد يكون أدبيًا، كتلك الأضرار التي تصيب شعوره نتيجة ما لحق به من أضرار مادية، أو تلك التي تصيبه نتيجة إفشاء الطبيب أسراره[4].

---

(١) ينظر: المسئولية التقصيرية، د/محمد فوزي فيض الله، صـ ١١٨.

(٢) فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني ، جـ٧، صـ٣٠٢.

(٣) ويختلف أثر الضرر المادي على جسد المريض، فإما أن يترتب عليه قطع عضو من أعضاء المريض، وهو ما يوجب دية هذا العضو، وإما ألا يترتب عليه قطع لعضو وإنما تشويه لجسم المريض، أو عجز عن العمل، أو ضعف في كسبه، وهو ما يوجب الأرش — اسم للواجب فيما دون النفس –، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء، ينظر : حاشية رد المحتار، جـ٥، صـ٦٤، وإنما وقع الخلاف عندما لا يكون للضرر المادي أثر ظاهر، أو كان له أثر ثم زال، وقد اختلفت فروع الفقهاء على النحو التالي:

الحنفية : جاء في تكملة البحر الرائق "وإن شج رجلاً فالتحم ولم يبق له أثر، أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل — تعويض عما لا قصاص فيه غير مقدر سلفا يقدره القاضي — لأن الشين الموجب إن زال فالألم الحاصل لم يزل، وهو قول محمد".
ينظر : تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة محمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي، والبحر الرائق للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفي، ط٢، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان، جـ٨، صـ٣٨٨.

المالكية : جاء في المدونة الكبرى "(قال) ابن القاسم وقال مالك في الصبي إذا لم يثغر — أي لم تنبت أسنانه- (المعجم الوجيز صـ٨٤)، ينزع سنه خطأ (قال) يؤخذ له العقل — الدية- (المعجم الوجيز صـ٤٢٨) كاملا فيوضع على يدي ثقة، فإن عادت لهيئتها رد العقل إلى أهله، فإن هلك الصبي قبل أن تنبت السن فالعقل لورثته، وإن نبتت أصغر من قدرها الذي قلعت منه ... من العقل قدر ما نقصت". ينظر : المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، جـ٤، صـ٤٤٣.

الشافعية: جاء في فتح الوهاب "لو جرحه وبرئ ولم ينقص أصلاً أنه يعزز فقط، إلحاقًا للجرح باللطم والضرب للضرورة، وقيل يفرض القاضي شيئًا باجتهاده" ينظر : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب للقاضي زكريا الأنصاري بهامش حاشية الأبيجرمي عليه، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٦٩هـ جـ٤، صـ١٦١.

الحنابلة: جاء في شرح المنتهى "ومتى عاد ما ذهب بالجناية (بحاله) أي على صفته قبل ذهابه، فلا أرش على جان، كما لو قطع شعره وعاد، وإن عاد ناقصًا في قدر بأن عاد السن قصيرًا،..... أو عاد ناقصًا في صفة بأن عاد السن أخضر ونحوه، كما لو عاد مائلا عن محله فعلى جان حكومة لحدوث النقص بفعله فضمنه، ويأتي ثم إن كان المجني عليه أخذ دية ما أذهبه قبل أن يعود ثم عاد ردها إلى من أخذها منها". ينظر : شرح منتهى الإرادات للبهوتي، طبعة عالم الكتب، بيروت، لبنان ، جـ١٤، صـ٣٢٢.

(٤) ويقصر جمهور الفقهاء الضمان في الفقه الإسلامي على الأضرار المادية، دون الأضرار الأدبية التي تصيب الشخص في شعوره وعاطفته، فهذه الأضرار الأخيرة في رأيهم ، لا تكون موجبة للضمان، اكتفاء

#

ولا خلاف بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي في ضرورة أن يكون الضرر محققًا حتى يمكن التعويض عنه، وهو ما ذكره الإمام التسولي[1] المالكي – شارحًا عبارة صاحب تحفة الحكام – بقوله "ومحدث ما فيه للجار ضرر محقق "ثم أضاف معلقًا" فاحترز الناظم بالمحقق من المحتمل ... والمحقق شامل لمحقق الوقوع في الحال أو في المستقبل"[2].

والمستفاد من هذه العبارة أن الضرر المحتمل هو ما كان غير واقع في الحال ولا محقق الوقوع في المستقبل. وعلى ذلك، فإن الضرر المحقق دون المحتمل هو الذي ينعقد علة للتضمين عند الفقهاء؛ لأن هذا الأخير مجرد احتمال ووهم، والأحكام الشرعية لا تقوم على مثل ذلك. [3]

بالعقوبات الجنائية المقرزة لها مثل حد القذف أو التعزير في الاعتداءات التي لا حد لها، ينظر: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام د/ مصطفى الزرقا،بند ٥٨٦، طبعة ١٩٦٣م، والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د/ صبحي المحمصاني، صـ١٦٩، ويعلل جمهور الفقهاء قصر التعويض على الأضرار المادية دون الأدبية، بأن الأضرار الأدبية ، وإن كانت تلحق أذى بشعور الشخص أو عاطفته وكرامته، إلا أن جسم الإنسان ذاته لم يلحقه أذى، لأن مجرد الألم لا يدل على وقوع ضرر محقق ، فمن لطم إنسانا على وجهه ولم يؤثر فيه، فلا ضمان عليه، لأن اللطم لم ينقص شيئا من المنفعة أو الجمال، يقول الإمام السرخسي: "لو ضرب ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه شيء، لا يجب شئ" ينظر: المبسوط للسرخسي جـ٢٦، صـ٨١، ويقول الإمام الشيرازي: "وإن لطم رجلا أو لكمه أو ضربه بمثقل ، فإن لم يحصل أثر لم يلزمه أرش، لأنه لم يحصل به نقص جمال أو منفعة" ينظر: المهذب ، للشيرازي، جـ٢، صـ٢٤٤، ويقول الإمام ابن قدامه : "لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه، لأنه لم ينقص به جمال منفعة، ولم يكن له مال ينقص فيها فلم يضمنه ، كما لو شتمه" ينظر: المغني لابن قدامة، جـ٨، صـ٦٠، وإذا كان ذلك هو رأي الجمهور فقد نسب إلى الإمامين أبي يوسف ومحمد من الحنفية القول بوجوب الضمان عن الضرر الأدبي والمتمثل في الألم الجسماني ، ولكنهما أختلف في طريقة تقدير الضمان (التعويض)، فذهب محمد إلى حكومة العدل، (وهو التعويض الذي يخضع لتقدير القاضي وفقا لما يراه من تأثير الضرر والألام المترتبة عليه)، أما أبا يوسف فقد اكتفى بحق المضرور في استرداد ما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء ، ينظر: المبسوط للسرخسي ، جـ٢٦، صـ٨١، وتبين الحقائق ، للزيلعي، جـ٦، صـ١٣٨، راجع تفصيل ذلك: المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، د/ عادل جبري محمد حبيب، صـ٧٤، وما بعدها.

(١) هو: الإمام أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، فقيه، من علماء المالكية، تسولي الأصل والمولد، توفى سنة ١٢٥٨هـ، ١٨٤٢ م من تصانيفه: البهجة في شرح التحفة في فروع الفقه المالكي، وحاشية على الزقاقية، وشرح الشامل وشرح مختصر الشيخ بهرام، ينظر: الأعلم للزركلي، جـ٤، صـ٢٩٩، ومعجم المؤلفين، لعمر كحالة، جـ٧، صـ١٢٢.

(٢) البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لأبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، جـ٢، ص٣٣٥.

(٣) المادة (٧٤) من مجلة الأحكام العدلية ومن فروع الفقهاء في ذلك أنه "لو ضرب إنسانًا ضربة لا أثر لها في البدن لا يضمن شيئا" ينظر : حاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٥، صـ٥٧٦، والضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ / علي الخفيف، صـ٤٦.

ويستوي في الضرر المحقق أن يكون ناشئًا عن فعل إيجابي، أو ناشئًا عن فعل سلبي، ومثال الأول: ما جاء في حاشية ابن عابدين من أنه إذا "قطع الحجام لحمًا من عينه – أي عين المريض – وكان غير حاذق، فعميت، فعليه نصف الدية"[1]، ومثال الثاني: ما جاء في شرح مختصر خليل من قوله: " وترك مواساة وجبت بخيط بجائفة ".[2]؛

كما أن تحقق الضرر في المستقبل لا يحول دون التعويض عنه، على الرغم من أنه ليس حالاً، وهو ما عبر عنه بعض الفقهاء بقوله: "لا يقاد جرح إلا بعد برئه"[3]، والأصل في ذلك نهي النبي – ﷺ – أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه[4]؛ لأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل، فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقر.[5]

شروط الضرر في الفقه الإسلامي:

استقر الفقهاء كما سبق على وجوب تعويض الشخص عن الأضرار المادية التي تلحق به، وهذه الأضرار المادية منها ما يلحق الشخص في جسمه، ومنها ما يلحقه في ماله، وفيما يلي نتناول شروط الضمان عن الأضرار المادية في الفقه الإسلامي.

أولاً: شروط الضرر الجسماني:

تناول بعض الفقهاء[6] شروط الضرر الجسماني ويمكن إجمالها في الآتي:

---

(١) حاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٦، صـ٥٦٧.

(٢) وقد شرح الخرشي ذلك بقله: "ومعنى ذلك أن يكون بإنسان جرح في جسده ويكون مع شخص آخر خيط أو مخيط لم يوجد عند غيره وهو مستغني عنه فيطلبه منه المجروح يخيط به جرحه فيمنعه منه حتى يموت فإنه يضمن والضمان هنا أن تكون الدية على العاقلة"، شرح مختصر خليل، للخرشي، جـ٨، صـ٤٥٦.

(٣) حاشية رد المحتار، المرجع السابق، جـ٥، ص٥٤٣.

(٤) روى الإمام أحمد في مسنده، أن رسول الله ﷺ أمر: " مَنْ كَانَ بِهِ جُرْحٌ أَنْ لَا يَسْتَقِيدَ حَتَّى تَبْرَأَ جِرَاحَتُهُ فَإِذَا بَرِئَتْ جِرَاحَتُهُ اسْتَقَادَ" كتاب: مسند المكثرين من الصحابة، باب: مسند عبدالله بن عمرو بن العاص، رقم ٦٧٣٧، جـ١١، صـ٢٢٥، شرحه ووضع فهارسه الأستاذ أحمد محمد شاكر، دار المعارف بمصر، سنة ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي، جـ٦، صـ١٣٨.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني، جـ٧، صـ٣٦٤، والتاج والإكليل لمختصر خليل، جـ٣، صـ٧٣١، ومغني المحتاج للشربيني، جـ٤، صـ٦٦، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح، جـ٨، صـ٢٧٠.

أ – أن يكون الجاني من أهل الضمان: وتثبت أهلية الضمان لكل آدمي كبيرًا كان أم صغيرًا، عاقلاً أم مجنونًا، مباشرًا بإحداثه للضرر أم متسببًا مع التعدي[1].

ب– أن يلحق الضرر بمعصوم[2]: ويعتبر معصومًا: المسلم، والمستأمن[3]، والمتصالح على دفع الجزية[4].

جـ – أن يكون الجاني تحت ولاية الدولة الإسلامية.

د – أن يكون الضرر ناتجًا عن خطأ من الجاني، أو يمتنع القصاص[5] لسبب من الأسباب، أو مانع من الموانع.

ثانياً: شروط الضرر المالي:

ذكر بعض الفقهاء[6] شروطًا للضرر المالي كالتالي:

---

(١) ويأخذ الفقه الإسلامي بمبدأ الضمان الفردي، الذي يقضي بأن كل شخص يضمن فعله ولا يضمن فعل غيره، ويترتب على ذلك، عدم الاعتداد بالتضامن بين مرتكبي الفعل الضار، وبالتالي فلا يضمن كل فاعل –في حالة تعددهم– إلا بقدر ما أحدث من ضرر، ينظر: المغني لابن قدامة، جـ٨، صـ٢٣٩، وقد أورد المالكية استثناءا على هذه القاعدة ، وذلك في حالة سقوط الحائط المائل المشترك، حيث يقع الضمان على جميع الملاك وليس على الأنصباء، ينظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، جـ٢، صـ٢٤٥.

(٢) المعصوم من العصمة وهي لغة: مطلق الحفظ والمنع، فهي مَلَكة اجتناب المعاصي مع التمكين منها، والعصمة المؤثمة: هي التي يجعل من هتكها آثمًا، والعصمة المقومة: هي التي يثبت بها للإنسان قيمة بحيث أن من هتكها فعليه القصاص أو الدية. ينظر: مختار الصحاح للرازي صـ٤٣٧ مادة (ع ص م)، والتعريفات للجرجاني صـ١٩٥.

(٣) المستأمِن بكسر الميم الثانية: هو من يدخل إقليم غيره بأمان مسلمًا كان أم حربيًا، ينظر: حاشية ابن عابدين، جـ٣، صـ٧٤٤.

(٤) اختلف الفقهاء في تعريف الجزية اصطلاحًا تبعًا لاختلافهم في طبيعتها، وفي حكم فرضها على المغلوبين الذين فتحت أرضهم عنوة (أي قهرًا لا صلحًا).

فعرّفها الحنفية والمالكية بأنها: «اسم لما يؤخذ من أهل الذمة، فهو عام يشمل كل جزية، سواء أكان موجبها القهر والغلبة وفتح الأرض عنوة، أو عقد الذمة الذي ينشأ بالتراضي»، ينظر: حاشية ابن عابدين، جـ٣، صـ٧٥١، والتاج والإكليل لمختصر خليل، جـ١، صـ٥٧١.

وعرفها الشافعية بأنها: «المال الملتزم به، وهي مأخوذة، من المجازاة، لكفنا عنهم، وليست مأخوذة في مقابلة الكفر ولا التقرير عليه، بل هي نوع إذلال لهم ومعونة لنا»، مغني المحتاج للشربيني، جـ٤، صـ٣٠٧.

وعرّفها الحنابلة بأنها: «مال يؤخذ منهم على وجه الصغار كل عام بدلاً عن قتلهم وإقامتهم بدارنا»، المغني لابن قدامة، جـ٨، صـ٤٢٥.

(٥) القصاص: هو أن يُفعل بالفاعل مثل ما فَعل، التعريفات للجرجاني، صـ٢٢٥.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني، جـ٧، صـ٢٧١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جـ٣، صـ٤٧٥، ومغني المحتاج للشربيني، جـ٢، صـ٣٧٥، والمغني لابن قدامة، جـ٥، صـ١٤٧.

أ – أن يكون مالاً «وهو ما له قيمة يباع بها، ويلزم متلفه»[1]، فلا يجب الضمان بإتلاف الميتة والدم وغير ذلك مما ليس بمال.

ب – متقومًا – وهو الذي له قيمة شرعًا، فلا يتحقق الضرر في إتلاف خمر على مسلم؛ لعدم ماليتها شرعًا في حقه.

جـ – مملوكًا – فلا ضرر في إتلاف المباحات، كالكلأ[2] .

د – محترمًا – أي غير مهدر، كأموال المحاربين من أعداء المسلمين.

وبعد عرض هذه الشروط التي أقرها الفقهاء للتعويض عن الضرر المادي سواء ما يتعلق منها بجسم الإنسان أو بماله، بقي لنا أن نتعرض لحكم التعويض عن فوات الفرصة في الفقه الإسلامي، ومدى توافر الشروط السابقة في حالة الفرصة الفائتة ؟.

التعويض عن فوات الفرصة في الفقه الإسلامي

ثار خلاف بين الفقهاء المعاصرين حول مشروعية التعويض عن تفويت الفرصة، فهناك من يرى أن التعويض عنها غير جائز؛ لأن الفقهاء يرون أن التعويض قائم على جبر الضرر، وذلك بإحلال مال محل مال مفقود مكافئ، لرد الحال إلى ما كانت عليه، وذلك بهدف إزالة الضرر وجبر النقص، وتفويت الفرصة لم يفقد فيها المتضرر مالاً قائمًا[3] .

بينما يرى آخرون أن التعويض عنها جائز، وأنها تدخل ضمن القاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار»، وقاعدة «الضرر يزال»[4] .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٣٥٤.
(٢) الكلأ: العشب رطبًا كان أو يابسًا، ينظر: مختار الصحاح للرازي، صـ٥٧٥، مادة (ك ل أ).
(٣) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي الخفيف، صـ ٤٦، والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، د/ محمد المدني بوساق، صـ ١٢٥–١٢٦، دار أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م؛
(٤) ينظر كلا من: نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي، صـ ٢٤–٢٥، والمسئولية التقصيرية، د/ محمد فوزي فيض الله، صـ ١٣٣–١٣٥،.

وفي رأي أنه ليس هناك ما يحول دون التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه الإسلامي، استنادًا إلى القواعد الشرعية التي تنهى عن الإضرار بالغير، ومن ثم فإنه يجوز تضمين الطبيب عن الفرصة التي يفوتها على مريضه، وذلك لما يشتمل عليه تفويت الفرصة على المريض من أضرا ومفاسد تنهي عن الشريعة الغراء[1].

(١) ومن القواعد الشرعية التي تمنع الضرر مطلقاً القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" فهي تنهى عن إلحاق المفسدة بالغير مطلقا، كما تنهى عن إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، ولكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق، ينظر: شرح القواعد الفقهية، د/ أحمد الزرقا، ط٢، دار القلم، دمشق ١٩٨٩م، صـ١٦٥، تصحيح وتعليق، مصطفى أحمد الزرقا، والمسئولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، د/ عبدالراضي هاشم، صـ١٧١، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٤٦.

المطلب الثالث

رابطـــة السـببية

مفهوم السببية

السببية تسمى فـي كتب الفقه بالإفضاء، حيث تنص مجلة الأحكام العدلية[1] على أنه: «لو أتلف أحد مال آخر، أو نقص قيمته تسببًا، يعني لو كان سببًا مفضيًا إلـى تلف مال، أو نقصان قيمته- يكون ضامنًا...».

والإفضاء فـي الشريعة هو: أن يكون الفعل موصلاً إلـى نتيجة لا تتخلف عنه، إذا انتفت الموانع[2]، فهي بذلك اشتراط عدم المانع للسبب[3].

والإفضاء لا يكون إلا مباشرة أو تسببًا، وهما نوعا الإفضاء، ويعتبر توافر الإفضاء "علاقة السببية" بين الخطأ (التعدي) والضرر، هو الركن الثالث للضمان في الفقه الإسلامي، فقد جاء في فتح القدير أنه: "لابد أن يتوسط بين السبب وبين الحكم علة، فما لم تتحقق العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب"[4]، ويتضح من هذا القول أنه لابد من وجود رابطة السببية بين التعدي والضرر لكي تقوم المسئولية وهو ما يظهر كثيراً في عبارات الفقهاء ومنها:

- ما جاء في مجمع الضمانات أن: "من حفر بئرًا في طريق المسلمين، فتلف إنسان، فديته على عاقلته، وإن تلفت بهيمة، فضمانها في ماله"[5].
- وما جاء في القوانين الفقهية من أنه: "إن قصد أن يفعل الجائز، فأخطأ بفعل غيره، أو جاوز فيه الحد، أو نقص فيه عن الحد، فتولد منه تلف، ضمنه"[6].
- وما جاء أيضًا في شرح منتهى الإرادات: "... أجج نارًا بملكه ولو بإعارة أو إجارة وكذا بموات، فتعدي إلى ملك غيره فأتلفه، أو سقى ملكه من أرض أو زرع أو شجر فتعدى ذلك إلى ملك غيره، ضمنه إذا فرط، بأن أجج نارًا تسري

---

(١) المادة رقم (٩٢٢) من مجلة الأحكام العدلية.
(٢) ينظر: نظرية الضمان فـي الفقه الإسلامي، د/ محمد فوزي فيض الله، صـ ٩٦.
(٣) ينظر: نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، صـ ٢٦.
(٤) ينظر : فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني وتكملته، جـ ٢، صـ٣٠٢.
(٥) ينظر : مجمع الضمانات للبغدادي، صـ١٧٨.
(٦) ينظر : القوانين الفقهية لابن جزي، صـ٢٣٣.

عادة لكثرتها، أو في ريح شديدة تحملها، أو فتح ماء كثيرًا يتعدى مثله، أو فرط في ترك النار مؤججة والماء مفتوحًا ونام، وذلك لتعديه أو تقصيره"[1].

فهؤلاء الفقهاء جميعاً قد أخذوا برابطة السببية بين الفعل والضرر المترتبة عليه مما يجعل من السببية ركناً هاماً للضمان، وفي هذا الخصوص يمكن التمييز بين ثلاثة فروض، الأول هو وحدة السبب ووحدة الضرر، والثاني هو تعدد الأسباب ووحدة الضرر، والثالث هو تسلسل الضرر.

أولاً: وحدة السبب ووحدة الضرر:

ذهب جانب من الفقهاء إلى أنه إذا لم يساهم في إحداث الضرر سوى سبب واحد، فإنه تنبغي التفرقة بين كون الطبيب مباشرًا لهذا السبب (كأن يجري الجراحة بنفسه ويخطئ) أو متسببًا فيه (كأن يصف دواءً خطأ للمريض)، ففي الوضع الأول لا يضمن الضرر إلا إذا تعمده[2]، وفي الوضع الثاني لا يضمن كذلك مادام نشاطه لم يرتفع إلى درجة المباشرة[3]، ووفقًا لهذا الاتجاه لا يسأل الطبيب أو الجراح عن خطئه — أي فعله غير العمد — في حالة المباشرة، وإنما يسأل عما تعمده من ضرر.[4]

والملاحظ على الحكم الذي يقرره هذا الاتجاه أنه يخالف القاعدة العامة في المباشرة والتسبب، والتي تقضي بأن المباشر ضامن وإن لم يتعمد[5]، وأن المتسبب لا يضمن إلا

---

(١) ينظر : شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، جـ٢، صـ٤٢٦ وما يليها.

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل للخرشي، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار صادر، بيروت، حيث يقول : "إذا قطع الطبيب في الموضع المعتاد فمات المريض لم يكن عليه شيء" جـ٨، صـ١١٥.

(٣) تبصرة الحكام، لابن فرحون المالكي، جـ٢، صـ٢٤٣.

(٤) الأحكام الشرعية، د/أحمد شرف الدين، صـ٥٧، ويلاحظ أن التعمد يفسره البعض بمعنى التعدي، ينظر: نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي، صـ٢١، ويذهب إلى هذا الرأي كذلك الدكتور/ مصطفى الزرقا، حيث يقرر أنه "متى وجد التعدي لا ينظر بعد ذلك إلى التعمد والقصد؛ لأن حقوق الغير مضمونة شرعًا في حال العمد والخطأ، بل حتى في حالة الاضطرار المبيح للمحظورات. ينظر : المدخل الفقهي العام، للزرقا، جـ١، قم ٦٥٨، صـ١٠٣٢.

(٥) مجلة الأحكام العدلية المادة (٨٢)، والمباشر هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة أي دون تدخل فعل آخر، شرح المجلة، لسليم بن رستم، صـ٥٢، حيث ورد أن المباشر هو الذي يلي الأمر بنفسه فإنه يضمن الضرر الذي يتولد من فعله سواء كان عن قصد منه أو لم يكن، وينظر أيضًا : الضمان، للشيخ/علي الخفيف، جـ١، صـ٧٤.

بالتعمد[1]، كما يلاحظ – على حد تعبير البعض بحق[2] – أن في هذا الاتجاه تخفيفًا كبيرًا من المسئولية عن نتائج العمل الطبي أو الجراحي[3].

وذهب جانب آخر من الفقهاء[4]، إلى أن الطبيب المباشر يضمن ثلث الدية عن الأضرار التي تترتب على تدخله العلاجي أو الجراحي؛ لأن فعله جناية خطأ، بخلاف الطبيب الذي يقتصر دوره على التسبب في الضرر فإنه لا يضمن في ماله، وإنما يقع الضمان على عاقلته، فإن لم توجد ففي بيت المال[5]،والدولة إذ تسأل هنا عن خطأ

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٣)، والمتسبب هو الذي يحدث أمرًا يؤدي بعد تدخل أمر آخر، إلى حدوث الضرر، نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي، صـ٧٩، ، وشرح المجلة، لسليم بن رستم، صـ٥٢، والضمان، للشيخ/علي الخفيف، جـ١، صـ٧٤.

(٢) الأحكام الشرعية، د/أحمد شرف الدين، صـ٥٧.

(٣) يرى البعض أن القاعدة التي تقيد ضمان المتسبب دون المباشرة بالتعمد، إنما تقصد التعدي فيكون منطوق القاعدة هكذا : المباشر ضامن وإن لم يتعمد في حين أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، ينظر: نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي، صـ١٦٦، والضمان، للشيخ/علي الخفيف، جـ١، صـ٧٤، ٧٥، والتعدي إنما يكون بتجاوز حدود الحق المسموح به شرعًا أو عادة، نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي صـ١٩٩، ولكن هذا التفسير يؤدي إلى تخفيف مسئولية الجراح على النحو الذي يؤدي إليه لفظ التعمد الوارد في القاعدتين، فطبقا لهذا التفسير، تنعقد مسئولية الجراح عن السراية في حالة المباشرة وإن لم يقصدها ولو أنه لم يتعد حقه، وهذا ما يقول به فعلا الفقهاء، ينظر: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، للشيخ / محمد حسنين مخلوف، القاهرة ١٩٦٥، جـ١ صـ١٠٩، الذي يرى أنه إذا أذن للطبيب الحاذق وأعطى الصنعة حقها ولكن أخطأت يده فإنه يضمن لأنها جناية خطأ.

(٤) الطب النبوي، لابن قيم الجوزية، صـ١٤٤، الدار المصرية اللبنانية، ط٢، سنة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م، تحقيق محمد فتحي أبو بكر، وقيل إن الطبيب يتحمل نصف الدية، ينظر: نهاية المحتاج للرملي جـ٦، صـ٢٥، وإن عاقلته تتحمل نصف الدية، ينظر: الفتاوى الهندية، جـ٦، صـ٣٧.

(٥) بداية المجتهد، لابن رشد، وجاء فيه "والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث" جـ٢، صـ١٩٤، وراجع في ذلك: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، للشيخ/ محمد حسنين مخلوف صـ١١٠، ومسئولية الأطباء، للشيخ/ محمد عبدالعزيز المراغي، صـ٢١١ ، والخطأ الطبي، د/ عبدالسلام التونجي، تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولي عن المسئولية الطبية، جامعة قاريونس- بنغازي، ١٩٧٨م صـ٧، وقيل أيضًا أن الطبيب لا يتحمل إلا نصف الدية : شرح الخرشي، جـ٨، صـ١١١، نهاية المحتاج، للرملي، جـ٦، صـ٢٥، أو أن عاقلته هي التي تتحمل نصف الدية : الفتاوى الهندية، جـ٦، صـ٣٧، وإذا لم يوجد بيت مال أو تعذر تحميله ما تبقى من الدية فالأشهر سقوطها، الطب النبوي، لابن القيم، صـ١١١.
ويلاحظ أن مركز الطبيب في تحمله لثلث الدية لا يختلف عند الحنفية عن مركز أي شخص عادي ارتكب ما يستوجب الدية : الضمان ، للشيخ علي الخفيف، جـ٢، صـ١٨١. ونص الحنفية على أنه في حالة عدم التناصر بالدم يكون التناصر بالحرفة فيكون مزاولو الحرفة التي ينتمي إليها الجاني عاقلة له، ينظر: اللآلئ الدرية في القواعد الخيرية بهامش جامع الفصوليين، لابن قاضي سماونة (محمود بن إسرائيل بن عبدالعزيز بدرالدين) جـ٢، صـ٨٢، الطبعة الرابعة ، المطبعة الأميرية، القاهرة ، سنة ١٣٠٠ – ١٣٠١هـ

الطبيب فإن ذلك يرجع إما إلى أن الطبيب معين من قبلها فهو تابع لها وإما إلى أن الدولة هي التي سمحت له بمزاولة المهنة.[1]

ولاشك أن هذا التصور يخالف قواعد المسئولية 'الضمان' في الفقه الإسلامي والتي توزع الضمان بين المباشر والمتسبب على النحو التالي:

- أن المسئولية (الضمان) يتحملها المباشر[2] بصفة أساسية.
- يتم إشراك المباشر والمتسبب في الضمان إذا كان لكل واحد منهما دور سببي مساو لفعل الآخر في إحداث الضرر[3].
- يقع الضمان على المتسبب وحده إذا كان فعله هو العامل الأهم في إحداث الضرر ولم تكن المباشرة عدوانًا أو كانت مسئولية المتسبب قائمة على الإخلال بالتزام تعاقدي[4].

ولا شك أنه في حالة توزيع الدية بين الطبيب والدولة، على النحو السالف فإن ذلك يخالف ويصطدم على حد تعبير البعض[5] بعقبة تتجسد في صعوبة تحديد الدور السببي لفعل الدولة، إن كان لها فعل حقيقي، ويؤدي في جميع الأحوال إلى تحميل الدولة بالعبء الأكبر من الدية، ويبدو أن هذا الاتجاه فيه تخفيف على الطبيب، وروعي فيه فيما يبدو طبيعة عمل الطبيب وحاجة الناس إليه، بحيث تتحمل الدولة بالعبء النهائي للدية إذا كان فعل الطبيب من قبيل التسبب أو كانت تزيد عن الثلث إذا كان فعله من قبيل المباشرة، وهو ما يدل على إدراك جانب من الفقهاء لطبيعة العمل الطبي والجراحي واحتمالات الأخطار المحيطة به، ومن ثم محاولة رعاية الطبيب أو الجراح في حدود معقولة تتفق مع استهداف عمله لتحقيق مصالح راجحة تعلو على مخاطره المحتملة.

---

(١) الخطأ الطبي، د/ عبدالسلام التونجي، صـ٧، ٨.
(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٠).
(٣) وهذا هو الحكم أيضًا عند المالكية : نظرية الضمان، د/ وهبه الزحيلي ، صـ٤٥، ويتحقق للتسبب دوره السببي في إحداث الضرر إذا كان مما يعمل بمفرده، أي يمكن أن يؤدي بمفرده إلى إحداث الضرر، ينظر: نظرية الضمان، د/ وهبه الزحيلي ، صـ١٩٤.
(٤) نظرية الضمان، د/ وهبه الزحيلي ، صـ٤٢، أو كان المباشر غير معروف، نظرية الضمان، د/ وهبه الزحيلي ، صـ١٩١.
(٥) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، د/ أحمد شرف الدين، صـ٦٠.

ثانياً: تعدد الأسباب ووحدة الضرر:

ويمكن تحقيق هذا الفرض في ثلاث حالات، الأولى هي: تعدد المباشرين، أو تعدد المتسببين، والثانية هي: تعدد المباشرين أو المتسببين وصدور أفعال، من طبيعة واحدة – بأن يكونوا جميعًا مباشرين أو متسببين –، والثالثة: التعدد وصدور أفعال من طبيعة مختلفة ومتعاقبة، عنهم[1].

ففي الحالة الأولى: وهي تعدد المباشرين أو تعدد المتسببين فقد ذهب جمهور الفقهاء[2]، إلى وجوب ترجيح الفعل الأقوى عند تعدد المباشرين أو بالسبب الأقوى عند تعدد المتسببين – وهو ما يقابل نظرية السبب المنتج في الفقه القانوني –، وفي ذلك يقول صاحب مغني المحتاج[3]، "ولو تعاقب سببا هلاك فعلى الأول بأن حفر ووضع آخر حجرا عدوانا فعثر به ووقع العاثر بها فعلى الواضع الضمان، فإن لم يتعد الواضع فالمنقول تضمين الحافر".

وتطبيقًا لذلك، فإنه إذا ساهم مع فعل الطبيب سبب آخر في إحداث الضرر، فلا ضمان عليه – وفقًا لهذا الرأي – إلا إذا كان فعله يمثل السبب الأقوى، أو المنتج، لإحداث الضرر، ولو لم يكن هو الأسبق في الوجود.

وذهب جانب آخر إلى ضرورة ترجيح السبب الأسبق في الوجود، وهو ما قرره صاحب الروضة البهية بقوله: "ويضمن أسبق السببين لو اجتمعا"[4]، وترتيبًا على ذلك، فإن الطبيب يكون ضامنًا جريرة فعله – وفقًا لهذا الرأي – ولو ساهم معه في إحداث الضرر سبب أجنبي إذا كان هذا الفعل أسبق في الوجود.

---

(١) الطب النبوي، لابن القيم، صـ١٤٤.

(٢) المبسوط، للسرخسي، جـ٢٧، صـ١٧، مجمع الضمانات للبغدادي، صـ١٨٠، التاج والإكليل، للمواق، جـ٦، صـ٢٤٠، مغني المحتاج، للشربيني، جـ٤، صـ٨٨، المغني، لابن قدامة جـ٧، صـ٥٠٧.

(٣) مغني المحتاج للشربيني، جـ٤، صـ٨٧.

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، للسيد زين الدين بن علي الجبعي، دار الكتاب العراقي، جـ٢، صـ٧، وضرب الجبعي مثالاً لهذا الضابط بقوله "ويضمن أسبق السببين لو اجتمعا، كواضع الحجر وحافر البئر، فيعثر بالحجر إنسان فيقع في البئر فيضمن واضع الحجر، لأنه أسبق السببين فعلاً" وكذا في حاشية الطهطاوي على الدر المختار حيث قال: "ويضمن أقرب السببين وجودًا" جـ٤، صـ٢٥٨.

أما الحالة الثانية: وهي تعدد المباشرين أو المتسببين وصدور أفعال، من طبيعة واحدة، عنهم في وقت واحد، فيضمن الجميع بالتساوي، ويستند هذا الحكم إلى ما قرره الجمهور من أنه إذا اشترك جماعة في قتل واحد فإنهم يقتلون به جميعًا[1].

أما الحالة الثالثة، والأخيرة: وهي حدوث الضرر نتيجة مساهمة عديدة من الأفعال، من طبيعة مختلفة – بأن يكون بعض المساهمين مباشرين والبعض الآخر متسببين –، والقاعدة الفقهية هنا هي أنه "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر"[2].

وتفريعاً على ذلك، لو أن جراحًا استأصل عضوًا لمريض لم يكن في حاجة إلى تلك الجراحة، نتيجة نصيحة طبيبه المعالج له بذلك، فإن الجراح يعد مباشرًا للإتلاف، والطبيب المعالج يعد متسببًا فيه، وتطبيقًا للقاعدة "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر"، فإن الضمان يكون على الجراح دون الطبيب المعالج الذي اقتصر دوره على التسبب في حدوث الضرر.

ثالثاً: تسلسل الأضرار:

إذا نتج عن فعل خاطئ ضرر، فإن الفاعل يسأل عن كل الأضرار الناتجة، شريطة أن يكون لفعله أثر في تحصيلها، فإذا انقطع فعله ودخل فعل آخر أضيف الضرر إلى

---

(١) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، جـ٥، صـ٣٥٧، حيث جاء " وكذا لو جرحه رجل عشر جراحات والآخر واحدة فكلاهما قاتلان ؛ لأن المرء قد يموت بواحدة ويسلم من الكثير .... ولو جرح جراحات متعاقبة ومات ولم يعلم المثخن منها وغير المثخن ... واشترك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف إلى كل واحد منهم كملا كأنه ليس معه غيره."، والفتاوى الهندية، جـ٦، صـ٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جـ٤، صـ٢٤٥، ومغني المحتاج للشربيني، جـ٤، صـ١٢، والمغني لابن قدامة، جـ٧، صـ٦٧١، ويرجع هذا الحكم إلى الأثر الذي رواه الإمام مالك عن يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب: " أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَتَلَ نَفَرًا خَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ وَاحِدٍ قَتَلُوهُ قَتْلَ غِيلَةٍ وَقَالَ عُمَرُ لَوْ تَمَالأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعًا " ينظر : موطأ مالك، كتاب: العقول، باب: ما جاء في الغيلة والسحر، رقم ١٨٦٨، جـ٥، صـ٣١٧.

(٢) مجمع الضمانات، للبغدادي، صـ١٧٨، وعلة هذه القاعدة أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة، لأن تلك أقوى وأقرب، إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه، من تلف أو غيره، فعل فاعل مختار، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب، شرح القواعد الفقهية، د/ أحمد الزرقا، صـ٤٤٧.

الثاني ولا يضمن الأول[1] يقول البغدادي: «ألقى قشرًا في الطريق فزلقت دابة، ضمن إذا لم يؤذن فيه، فيضمن ما تولد عنه»[2]، كما لو سقط ما عليها وتكسر نتيجة لوقوع الدابة بعد انزلاقها، فلوى أجر الطبيب الجراح جراحة للمريض وتسبب بخطئه في تلف عضو من أعضائه فإنه يضمن كل الأضرار الناتجة عن خطأه، طالما أن لفعله أثر في قيامها.

صفوة القول:

نستخلص مما سبق عرضه أنه يلزم لقيام مسئولية الطبيب الجراح عن عملية نقل وزراعة الكبد أن يتوافر في شأنه قيام أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية، والفقه القانوني والشرعي متفق على أن هذه الأركان الثلاثة لازمة وضرورية لقيام مسئولية الطبيب.

وبخصوص الخطأ الطبي يتفق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي بأن هذا الخطأ هو عبارة عن انحراف من جانب الطبيب عن الحدود المشروعة، وقد يكون ذلك في صورة تعدي (الخطأ الشخصي) أو في صورة مخالفة للمعطيات الطبية والعرف الطبي، أو عن طريق مسئولية غير مباشرة كالخطأ الصادر من أحد أعضاء الفريق الطبي الذي اختارهم الطبيب ويقع على عاتقه عبء مراقبتهم وتوجيههم، والتي وضع لها الفقهاء مفهوم التسبب.

كما يتفق الفقه القانوني مع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب أن ينتج عن خطأ الطبيب ضرراً للمريض وهو الأذى الذي يصيب الشخص في نفسه أو ماله أو مشاعره، وإن كان الفقه الإسلامي يرى على الراجح من أقوال فقهائه عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي، وأن كان من المقبول إمكانية التعويض عن الفرصة الفائته وهو ما يتفق مع القانون.

كما أنه لا خلاف بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي في ضرورة توافر علاقة السببية بين خطأ، أو تعدي الطبيب، وبين الضرر الذي يصيب المريض، كما يتفق الرأي الراجح في الفقه القانوني مع ما يقرره جمهور الفقهاء من ترجيح السبب الأقوى عند تعدد أسباب الضرر المتعاقبة ذات الطبيعة الواحدة.

---

(١) ينظر: المسئولية التقصيرية، د. محمد فوزي فيض الله، صـ٢٣٩، التعويض عن الضرر، د/ محمد المدني بوساق، صـ ٨٥.

(٢) مجمع الضمانات، للبغدادي، صـ ١٤٦.

ولا يبقى إلا أن نقرر – كما يذهب البعض بحق[1] – أنه ليس هناك ما يحول دون الأخذ بنظرية تعادل الأسباب، في نطاق المسئولية الطبية، وهو ما يأخذ به جمهور الفقهاء، في حالة تعدد الأسباب ذات الطبيعة الواحدة وصدورها في آن واحد، – على ما رأينا – لما يؤدي إليه ذلك من جعل الطبيب أكثر حذرًا ويقظة في عمله.

(١) عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، د/عبد الرشيد مأمون، صـ١٩٦.

الفصل الثالث
أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية
في القانون المدني والفقه الإسلامي

إن توافر أركان المسئولية الطبية على النحو السالف يوجب ضمان الطبيب أو مساعديه للأخطاء الواردة منهم وهذا ما لم يوجد هناك سبب من الأسباب التي توجب رفع الضمان عن الطبيب الجراح أو مساعديه وسوف نتحدث خلال هذا الفصل عن أسباب إعفاء الطبيب الجراح من المسئولية المترتبة على العمل الجراحي بصفة عامة وعن عملية زراعة الكبد بصفة خاصة وهذا يستدعي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية في القانون المدني.

المبحث الثاني: أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول
أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية
في القانون المدني

قد لا يقع الضرر الذي يصيب المريض نتيجة خطأ الطبيب وحده، إذ قد تساهم عوامل أخرى في ذلك، وهو ما قد يترتب عليه انتفاء مسئولية الطبيب نتيجة تدخل تلك العوامل، وبعبارة أخرى، نتيجة حدوث الضرر بفعل السبب الأجنبي[1].

وهذا الأخير يمكن أن يتحقق في العديد من الصور، فقد يرجع إلى خطأ المريض نفسه، أو إلى خطأ الغير، أو إلى القوة القاهرة، فهذه صور ثلاث للسبب الأجنبي الذي يمكن أن تؤثر على مسئولية الطبيب، وسوف نخصص لكل من هذه الصور الثلاث مطلباً مستقلاً على النحو التالي:

المطلب الأول: خطـــأ المريـــــض.

المطلب الثاني: خطـــأ الغيـــــر.

المطلب الثالث: القـــوة القاهـــرة.

---

(١) لم تعرف النصوص القانونية السبب الأجنبي مع أنها أوردت إمكانية درء المسئولية بإثبات السبب الأجنبي، وكذلك الأحكام القضائية لم تتعرض لتعريف السبب الأجنبي ولكنها غالبا ما تكتفي بترديد التطبيقات التقليدية للسبب الأجنبي، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية، "أنه يشترط أن يكون السبب الأجنبي الذي يسوقه المدعي عليه لدفع مسئوليته محددا لا تجهيل فيه ولا إبهام، سواء أكان ممثلا في قوة قاهرة أم حادث فجائي، أم خطأ المصاب ، أم خطأ الغير" (نقض مدني بتاريخ ١٩٦٥/٣/٢٥م ، المجموعة، ١٦ — ٣٩٦- ٦٢) أما على مستوى الفقه القانوني فقد تعددت تعريفات السبب الأجنبي ، فهناك من عرفه بأنه "كل فعل أو حادث لا ينسب إليه (أي إلى الحارث) ويكون قد جعل منع وقوع العمل الضار مستحيلا" (انظر هذا التعريف: المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، د/ سليمان مرقس، صـ٤٨٣، فقرة ١٧٢، ومؤلفه: الوافي في شرح القانون المدني- الفعل الضار- المجلد الثاني، صـ٤٧٧) كما عرفه البعض بأنه: "كل حادث ليس من فعل المسئول المطالب بالتعويض يكون سبب إحداث الضرر، وقد يكون حادثا مفاجئا، أو قوة قاهرة، وقد يكون خطأ المضرور أو خطأ الغير" (نظرية الالتزامات، د/ محمد كامل مرسي، جـ٢، صـ١٢٨، فقرة ٧٥)، وعرفه أخر بأنه: "الأمر الذي يجعل الشئ مسخرا في إحداث الضرر بصورة محتمة، ويكون خارجا عن السيطرة الفعلية لحارس الشئ أو عن سلطته النظامية" (المسئولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية، د/ إياد ملوكي، صـ٢٢٤، الطبعة الأولى، جامعة بغداد ، ط ١٩٧٩- ١٩٨٠م) ومن خلال التعريفات السابقة يظهر لنا جليا أن السبب الأجنبي في مجال المسئولية الطبية، هو كل أمر يترتب عليه ضرر للمريض ويكون خارج عن السيطرة الفعلية للطبيب الجراح، بحيث لا يكون في استطاعته تلافيه أو الحيلولة دون وقوعه.

المطلب الأول

خطـأ المريـض

بالنسبة لخطأ المضرور (المريض) فينبغي أن نعلم أنه إذا وقع الفعل الضار من المضرور (المريض) مجرداً، أي دون أن يشاركه فيه خطأ من المدعي عليه (الطبيب) أو الغير، ونتج عنه ضرراً لحق بالمضرور، فإن هذه الحالة لا يكون لها محلاً للكلام عن المسئولية، لأن الحكم فيها واضح، إذ لا يوجد أمامنا مدعى عليه حتى نكون بصدد الحديث في مجال المسئولية[1] وبالتالي فإن خطأ المريض الذي يكون سبباً للإعفاء من المسئولية هو ذلك الخطأ الذي قام بجوار خطأ الطبيب، وفيما يلي نلقي الضوء على: صور اجتماع كل من خطأ المريض مع خطأ الطبيب، وشروط اعتبار خطأ المريض سبباً لإعفاء الطبيب من المسئولية.

أولاً ـ صور اجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب

إذا اجتمع خطأ الطبيب مع خطأ المريض فقد يستغرق أحد الخطأين الآخر، وقد لا يستغرقه، فهاتان صورتان لاجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب نوضحهما فيما يلي.

الصورة الأولى : استغراق أحد الخطأين الآخر :

إن صورة استغراق أحد الخطأين للخطأ الأخر تتحقق في عدة فروض، الأول هو أن يكون أحد الخطأين متعمدًا، والثاني أن يقع الضرر برضاء المضرور بالضرر، والثالث أن يكون أحد الخطأين– خطأ المضرور أو خطأ الطبيب– نتيجة لخطأ الآخر.

الفرض الأول: حيث يكون أحد الخطأين متعمدًا، فالمبدأ هنا هو أن من تعمد إحداث الضرر كان خطؤه هو السبب الوحيد، وبالتالي تحمل – وحده – كل آثار هذا الخطأ.[2]

فإذا تعمد الطبيب إلحاق الضرر بالمريض، فإن خطأه يستغرق خطأ المريض، ويتحمل وحده المسئولية عن تحقق الضرر[3]، حتى ولو ساهم المريض بخطئه في ذلك،

(١) راجع في ذلك: السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ رأفت محمد حماد، صـ٤٨، ط دار النهضة العربية ١٩٩٨م.

(٢) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٧٧.

(٣) انظر في عرض أمثلة لتعمد المدعي عليه إلحاق الضرر بالمضرور: الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٨٨٤، والوافي في شرح القانون المدني، د/ سليمان مرقس، صـ٤٩٣.

كأن يتعمد الطبيب عدم متابعة المريض بعد إجراء جراحة له، وإهمال المريض — في ذات الوقت — تناول العلاج، مما يترتب على ذلك وفاة هذا الأخير، ففي هذا الفرض يعد الطبيب وحده مسئولاً عن هذا الضرر رغم مساهمة المريض بخطئه في ذلك.[1]

أما إذا تعمد المريض إلحاق الضرر بنفسه، فإن خطأه يستغرق خطأ الطبيب، وفي هذه الحالة تنتفي المسئولية عن الطبيب،لانعدام رابطة السببية[2]، ومثال ذلك إذا تناول المريض متعمدًا بقصد الانتحار جرعات زائدة من العلاج عن القدر الذي حدده له الطبيب.[3]

الفرض الثاني: رضاء المريض بالضرر

وفي هذا الفرض يفرق فقهاء القانون بين أمرين:

الأمر الأول: هو علم المضرور(المريض) بالضرر، وقد أجمع فقهاء القانون على أن مجرد العلم بالضرر، لا أثر له في إعفاء المدعي عليه من المسئولية[4]، فعلم المريض بأن عملية زراعة الكبد من العمليات الخطيرة والحرجة لا يعفي الطبيب الجراح من المسئولية في حالة وقوع أي خطأ منه يستوجب مسألته استنادا إلى علم المريض بخطورة العملية وضررها، فقد يعلم المضرور بالضرر لكنه لا يريده[5].

---

(١) المسئولية المدنية عن النشاط الطبي ، د/ سعد سالم العسيلي، صـ٢٨٠، ونفس المعنى: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٥٨.

(٢) انظر في عرض أمثلة لتعمد المضرور إلحاق الضرر بنفسه: الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٨٨٣، فقرة ٥٩٤، وما بعدها، والمسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس، صـ٤٩٥، فقرة ١٧٧، ، والمسئولية العقدية والتقصيرية، د/ حسن عكوش، صـ١٣٣، فقرة ٦١، والمسئولية عن الأشياء، د/ إياد ملوكي، صـ٢٦٩، فقرة ٢١١، ومصادر الالتزام، د/ عبدالناصر توفيق العطار، موسسة البستاني للطباعة ١٩٩٠م، صـ٢٧٥، بند١٦١، نظرية المسئولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د/ محمد حسين الشامي، صـ٣٧٨، بند ١٩٨، مكتبة الجيل الجديد —صنعاء— ١٩٩٤م الطبعة الأولى.

(٣) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بأن "خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا في ذاته لإحداث النتيجة"، نقض جنائي ٢٥ أبريل ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض الجنائي ٤٧٥/١٧.

(٤) الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٨٨٨، فقرة ٥٩٤، مصادر الالتزام، د/ أنور سلطان، صـ٣٣٩، بند١٦١، ونظرية المسئولية المدنية في القانون المدني، د/ محمد حسين الشامي، صـ٣٧٩، بند ١٩٩ مكرر، والسبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٥٢.

(٥) نظرية المسئولية المدنية في القانون المدني، د/ محمد حسين الشامي، صـ٣٧٩، بند ١٩٩ مكرر، وقد ذهب البعض إلى أنه عند تقدير مسئولية الجراح في حالة ارتكابه الخطأ الجراحي الذي نتج عنه ضررا بالمريض، يجب أن يراعى فيها علم المريض بخطورة الجراحة مسبقا حيث يعتبر العلم بالضرر مسبقا بمثابة اتفاقا ضمنيا بالمشاركة في تحمل جانب من الضرر، وبالتالي يكون ذلك بمثابة عنصرا مخففا لمسئولية الجراح وليس معفيا منها كلية، انظر في ذلك: السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٥٣.

الأمر الثاني: هو رضاء المضرور (المريض) بالضرر.

والقاعدة هنا أن مجرد رضاء المريض لا يرفع عن فعل الطبيب صفة الخطأ[1]، فإجازة[2] المريض إجراء جراحة جديدة وخطيرة تمثل خطأ من جانبه، لكنها لا تخلع عن الطبيب صفة الخطأ وتبقى مسئوليته كاملة[3].

ولكن الحالة التي تبدو أكثر تعقيداً هي حالة رضاء المريض ليس بفعل الجراحة وإنما بالضرر، وهنا ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار رضاء المضرور (المريض) بالضرر في حكم الخطأ العمدي من جانب المضرور، الذي يستغرق خطأ المدين (الطبيب) وبالتالي تنتفي مسئولية المدين[4].

في حين ذهب جانب أخر من الفقه إلى أن رضاء المضرور (المريض) بالضرر يخفف من مسئولية المدعى عليه (الطبيب) فلا يسأل مسئولية كاملة، كما أنه لا يستطيع أن يتخلص من المسئولية كلية استناداً إلى رضاء المضرور[5].

رأي الباحث: رغم وجاهة هذا الرأي الأخير بالمقارنة بالرأي الأخر الذي يرى نفي مسئولية الطبيب في حالة رضاء المريض بالضرر، إلا أنني أرى أن هذه الآراء وإن كانت تصلح في حالة الالتزامات المالية فإنها لا تصلح في حالة نقل وزراعة الكبد أو الأعضاء الأخرى، والتي تمس سلامة الجسم البشري، فطبيعة عمل الطبيب تجعله في محل المسئولية نظراً لأنه الطرف الفني المتخصص في معرفة أثار الجراحة ومضارها، فقد تحمل شدة الألم والمرض المريض على قبول الضرر من أجل التخلص من آلامه، وهنا يأتي دور الطبيب لأنه صاحب الكلمة الفاصلة في خضوع المريض للجراحة من عدمه، ولا

---

(١) المسئولية الطبية، د/ محمد حسين منصور، صـ٣٣.

(٢) والإجازة في المجال العقدي هي: تصرف يقصد به النزول عن الحق في التمسك بإبطال العقد ممن تقرر له هذا الحق، انظر : بيع ملك الغير، د/ لاشين محمد يونس الغاياتي، صـ١٤٩، الناشر : مكتبة جامعة طنطا، الطبعة الأولى ١٩٨٦م.

(٣) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٧٩، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة.

(٤) انظر في عرض هذا الرأي: مصادر الالتزام، د/ عبدالناصر توفيق العطار، صـ٢٧٧، بند١٦١.

(٥) الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١ ، صـ٨٨٣، فقرة ٥٩٤، ومصادر الالتزام، د/ أنور سلطان، صـ٣٢٩، بند١٦١، والسبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٥٤.

يجوز استغلال الحالة المرضية للمضرور لنفي مسئولية الطبيب أو تخفيفها، ففي نظري أن عقد العلاج الطبي أقرب ما يكون من عقود الإذعان[1].

الفرض الثالث: أن يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر :

ففي هذا الفرض إما أن يكون خطأ المريض ناتجًا عن خطأ الطبيب، وإما أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لخطأ المريض.

فإذا كان خطأ المريض نتيجة لخطأ الطبيب، يكون خطأ هذا الأخير مستغرقًا لخطأ الأول، وبالتالي لا يكون لخطأ المريض أي أثر على تحقق مسئولية الطبيب[2]، ومثال ذلك، تناول المريض العلاج بطريقة خاطئة، بناء على توصية الطبيب بذلك، مما ترتب عليه تفاقم حالته.

وإذا كان خطأ الطبيب نتيجة لخطأ المريض، فإنه تنتفي مسئولية الطبيب بذلك، لاستغراق خطأ المريض خطئه[3]، ومثال ذلك، كما لو ذكر المريض للطبيب أعراضاً غير صحيحة فوصف الطبيب له علاجاً للأعراض المذكورة، فساءت حالة المريض، فلا مسئولية على الطبيب، لأن خطئه كان نتيجة خطأ المضرور[4]، وبالتالي تنعدم علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر، مما يترتب عليه انتفاء مسئولية الطبيب إذا اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب في وقوع الضرر[5].

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية[6] بقولها: "من المقرر أن خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني، وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة".

---

(١) وعقد الإذعان هو: العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها كلها فليس له أن يناقش هذه الشروط أو يضيف إليها أو ينقص منها، انظر: دروس في مصادر الالتزام ، أ. د / لاشين محمد الغاياتي، صـ٦٣، طبعة ١٩٨٣م، بدون دار نشر، كما عرفة سيادته أيضا بأنه: "عقد يرضخ فيه القابل للإيجاب الموجه إليه من الموجب وفقا للشروط التي وضعها المتعاقدون مساومة بينهما لشدة الحاجة إليه أو احتكار الموجب للشئ محل العقد" بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، د / لاشين محمد الغاياتي، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون ، طنطا ، العدد الأول ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ ، صـ ١٦.

(٢) المسئولية المدنية عن النشاط الطبي ، د/ سعد سالم العسيلي، صـ٢٨١، و التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٥٩.

(٣) مصادر الالتزام، د/عبد الرزاق توفيق العطار ، صـ٢٧٧.

(٤) السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٥٥.

(٥) الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٨٨٧، بند ٥٩٥، ومصادر الالتزام، د/عبدالناصر توفيق العطار ، صـ٢٧٧، علاقة السببية، د/ عبدالرشيد مأمون، صـ٨٢.

(٦) نقض جنائي ٢٥ أبريل ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض الجنائي، س ١٧، صـ٤٧٥.

كما قضت في حكم أخر لها[1] بأن: "الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع المسئولية وإنما يخففها، ولا يعفي المسئول من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه، وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول".

الصورة الثانية : عدم استغراق أحد الخطأين الآخر (الخطأ المشترك[2]) :

وفي هذه الصورة، يعد خطأ المريض سببًا مخففًا لمسئولية الطبيب، حيث ساهم بخطئه، بقدر ما في وقوع الضرر، بحيث يمكن القول أن للضرر سببين متميزين : خطأ المضرور وخطأ المسئول ويتم توزيع عبء التعويض بينهما في هذه الحالة، كل بقدر مساهمته في إحداث الضرر.[3] وذلك متى أمكن تعيين مقدار جسامة كل خطأ من الخطأين، وإلا وزعت المسئولية بينهما بالتساوي، وأُلزم المدعي عليه (الطبيب) بنصف التعويض المقدر[4]، وهذا يعني أن القاضي لا يلجأ لتوزيع التعويض بالتساوي إلا إذا لم يتبين قدر مساهمة المشتركين في الخطأ[5].

ثانيًا: شروط اعتبار خطأ المريض سببًا لإعفاء الطبيب من المسئولية[6]:

وفقًا للقواعد العامة، يلزم توافر عدة شروط في فعل المضرور – المريض – لاعتباره سببًا أجنبيًا معفيًا للمدعى عليه – الطبيب – من المسئولية، ويمكن أجمالها في الأتي:

١- ألا يكون خطأ المضرور راجعًا إلى خطأ المدعى عليه، ومترتباً عليه، كأن يقع بتحريضه[7]، ومن ذلك – كما في المثال المتقدم – أن يتناول المريض علاجًا بطريقة غير صحيحة، بناء على توصية غير صحيحة من الطبيب.

---

(١) نقض جنائي ٢٩ يناير ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض الجنائي، س ٤٩، صـ١٠٧.

(٢) يقصد بالخطأ المشترك : أن يصدر عن كل من المدعى عليه ، والمضرور خطأ مستقل، ويشترك الخطأن في إحداث الضرر دون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الأخر، انظر: السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٥٦.

(٣) الوجيز، د/ عبدالرزاق السنهوري ، رقم ٣٧١، صـ٣٧٨، ومصادر الالتزام، د/ عبدالمنعم الصدة ، صـ٥٠٥.

(٤) الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٨٨٨، والمسئولية عن الأشياء، د/ إياد ملوكي، صـ٢٦٥، فقرة ٢٠٩، وعلاقة السببية، د/ عبدالرشيد مأمون، صـ٨٤.

(٥) الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٨٩٥.

(٦) راجع هذه الشروط: علاقة السببية، د/ عبدالرشيد مأمون، صـ٧٠ وما بعدها، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٦٠، وما بعدها.

(٧) علاقة السببية، د/ عبدالرشيد مأمون، صـ٧١.

٢- أن يكون فعل المضرور هو الذي سبب الضرر[١]، ويختلف أثر هذا الفعل على إعفاء المدين – الطبيب – من المسئولية بحسب أهمية الدور الذي يقوم به، فإذا كان هذا الفعل هو السبب الوحيد للضرر ترتب عليه إعفاء المدين – الطبيب – كليًا من المسئولية، يستوي في ذلك أن يكون هذا الفعل منطويًا على خطأ أم لا.[٢]

٣- أما إذا كان فعل المضرور لم يكن هو السبب الوحيد للضرر، بأن ساهم معه خطأ المدين في ذلك، فيترتب عليه إعفاء المدين جزئيًا من المسئولية، شريطة أن يكون فعل المضرور قد انطوى على خطأ أيًا كان طبيعة الالتزام التعاقدي للمدين، أي سواء كان التزامًا ببذل عناية أو التزامًا بتحقيق نتيجة.[٣]

٤- أن يكون فعل المضرور غير ممكن توقعه وغير مستطاع دفعه[٤]، أي يجب أن تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، وقد اختلفت أحكام القضاء الفرنسي في اشتراط انطواء فعل المضرور – الذي توافرت فيه شروط القوة القاهرة – على خطأ من عدمه، ففي حين ذهبت بعض الأحكام إلى أن فعل المضرور لا ينتج أثره في إعفاء المدين من المسئولية، كليًا أو جزئيًا، ما لم ينطو على خطأ(٥)، في حين ذهبت أحكام أخرى[٦]، إلى عدم اشتراط ذلك.

---

(١) كما لو انتهز المضرور فرصة وجود سيارة مسرعة فرمى بنفسه أمامها فجأة بقصد الانتحار، فهنا لا مسئولية على سائق السيارة، لأن المدعى عليه تعمد إلحاق الضرر بنفسه، راجع في ذلك: الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١ ، صـ٨٨٣، فقرة ٥٩٤، وما بعدها، والمسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس، صـ٤٩٥، فقرة ١٧٧، والمسئولية العقدية والتقصيرية، د/ حسن عكوش، صـ١٣٣، فقرة ٦١، والمسئولية عن الأشياء، د/ إياد ملوكي، صـ٢٦٩، فقرة ٢١١ ، ومصادر الالتزام، د/ عبدالناصر توفيق العطار، صـ٢٧٥، بند١٦١.

(٢) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٦٠.

(٣) وهذا ما أكدته المادة ٢١٦ مدني بقولها : "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه" كما أكدت محكمة النقض هذا المعنى بقولها: "إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن خطأ المجني عليه قد بلغ درجة من الجسامة ترفع المسئولية عن المسئول ولو أنه مقصر، فإنه لا يصح اعتبار المجني عليه مخطئا ذلك الخطأ الجسيم الذي يجب خطأ المطعون ضده إلا إذا ثبت من أسبابه العنصر الأساسي لتكوين الخطأ الجسيم من جانب المدعى عليه" (نقض مدني في ١٨أكتوبر ١٩٤٥م ، المحاماه، ٢١ ملحق مدني ١٤٣- ٥٦).

(٤) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٧٢، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٦١.

(5) Cass. civ. Lre, 31 janv. 1973, Bull. Civ., I, no. 41; D. 1973, p. 149, note Schmelck; R.T.D.C. 1973, p. 575, note G. Durry. R.T.D.C., 1973, p. 567.

مشار إليهم في : علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ٧٤، وما بعدها.

(6) Cass. civ. 14 avr. 1958, J.C.P. 1959, II, 10935, note Rodiér.

مشار إليه: التأمون من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٦١

المطلب الثاني
خطـــأ الغيـــــر

المقصود بالغير

الغير هو كل شخص غير المدعي عليه (الطبيب) وغير المضرور (المريض)، وغير الأشخاص الذين يسأل عنهم قانونًا[1].

فإذا كان الضرر نتيجة خطأ الغير ففي هذه الحالة لا يكون الطبيب مسئولاً لانتفاء علاقة السببية بين خطئه والضرر، فقد يقع الخطأ من جانب طبيب آخر غير الطبيب المدعي عليه، وبالتالي يكون لهذا الأخير دفع مسئوليته بفعل الغير.[2]

وعلى ذلك، فإن الضرر الذي يقع بفعل أحد الأشخاص الذين يسأل المدين قانونًا عنهم لا يعد سببًا أجنبيًا يعفي به الأخير من مسئوليته؛ لأنه يُعد صادرًا عن المدين شخصيًا[3]، كما هو الحال بالنسبة لتابعي الطبيب مثلاً.

وقد ثار الخلاف حول ضرورة تحديد شخص الغير، فذهب جانب من الفقه[4]، إلى التمييز بين فعل الغير وخطأ الغير، ففي حالة ما إذا دفع المدين مسئوليته بفعل الغير فلا يلزم تحديد شخص هذا الغير، أما في حالة ما إذا دفع المدين مسئوليته بخطأ الغير، فإنه يتعين تحديد شخص هذا الغير تحديداً كافياً للتعرف عليه، لأنه في حالة عدم تعيينه يصعب الحكم بأن خطأ الغير يعتبر في ذاته سبباً أجنبياً، وعلى ذلك إذا لم يتمكن

---

(١) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١٤، المسئولية عن الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، د/ محمد لبيب شنب، مكتبة النهضة المصرية، سنة ١٩٥٧، صـ٢٤٩، المسئولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء. دراسة مقارنة، د/ يحيى أحمد موال، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٩٢، صـ٢٠٨، حيث يذهب في تعريفه للغير بأنه "هو الشخص الثالث الغريب عن المتضرر والذي ادعى وعن المدعى عليه الذي داعاه المتضرر".

(٢) المسئولية الطبية، د/محمد حسن منصور، صـ١٢٢.

(٣) P. Malaurie et L. Aynès : op. cit., no. 834, p. 481; Cass. Lre civ. 23 juill. 1979, Bull. civ., I, no. 228.

مشار إليه: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٦١.

(٤) نظرية دفع المسئولية المدنية، سليمان مرقس، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٣٦، صـ٤١٨، وما بعدها، الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، د/ إبراهيم الدسوقي أبوالليل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٥، ص٢٠٥، وما بعدها.

المدعى عليه – في مجال المسئولية التقصيرية– أو المدين بالالتزام – في نطاق المسئولية العقدية– من تعيين شخص الغير، فإنه لا يجوز له دفع المسئولية عن نفسه بخطأ الغير الذي لم تعرف شخصيته[1].

غير أن غالبية الفقه[2]، تذهب إلى أنه ليس شرطاً لاعتبار فعل الغير سبباً أجنبياً معفياً من المسئولية أن يكون ذلك الغير شخصاً معلوماً؛ لأن مناط إعفاء المدين من المسئولية هو مجرد وقوع الضرر بسبب آخر خارج عنه، هو فعل شخص من الغير أيًا كان هذا الشخص، أما تحديد هذا الأخير فيتعلق بأمر آخر بعيد عن وقوع الضرر بفعل المدعي من عدمه.

فعل الغير وخطأ الغير :

ثار الخلاف حول ما إذا كان من اللازم أن ينطوي فعل الغير على خطأ من عدمه، ويفرق الفقه في هذا الخصوص بين فرضين، الأول أن يكون فعل الغير هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، وهنا لا يلزم أن ينطوي هذا الفعل على خطأ[3]، والثاني أن تكون هناك أسباب أخرى إلى جانب فعل الغير، وهنا انقسم الفقه.

فذهب البعض[4]، إلى عدم اشتراط أن يكون فعل الغير خطأ، وذلك على أساس أنه يعفي المدين من المسئولية جزئيًا، ولو لم يتصف الفعل بالخطأ، مادام أنه كان أحد أسباب الضرر، أي أن فعل الغير المجرد، ينهض سبباً أجنبياً معفياً من المسئولية[5].

بينما ذهبت غالبية الفقه[6] إلى أن فعل الغير – في هذا الفرض – لا يكون سببًا أجنبيًا يعفي المدين من المسئولية إلا إذا اتصف بالخطأ، وقامت السببية بينه وبين ما أصاب المضرور من ضرر.

---

(١) الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات، د/ إبراهيم الدسوقي أبوالليل، صـ٢٠.

(٢) الوسيط، د/ السنهوري، جـ١، صـ٨٩٧، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١٧، والمسئولية عن الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، د/ محمد لبيب شنب، صـ٢٥٢، والنظرية العامة للمسئوليات الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، د/ عاطف النقيب، صـ٣٥٩، منشورات عويدات بيروت الطبعة الأولى ، ١٩٨٠م.

(٣) الوسيط ، د/السنهوري، جـ١ ، صـ٨٩٦، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١٧.

(٤) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٦٦.

(٥) الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات، د/ إبراهيم الدسوقي أبوالليل، صـ٢٤١.

(٦) الوسيط، د/ السنهوري، جـ١ ، صـ٨٩٦، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١٨، والمسئولية عن الأشياء، دراسة مقارنة، د/ محمد لبيب شنب، صـ٢٥١.

وهذا الاتجاه يتفق مع نص المادة (١٦٥ مدني مصري) والتي أشارت إلى الخطأ في فعل الغير، أي باشتراط أن يكون ثمة خطأ فيما صدر عنه من عمل ايجابي أو سلبي، فذكرت هذه المادة خطأ الغير ولم تقل فعل الغير لكي يكون سبباً أجنبياً معفياً للمسئولية[١].

و يشترط في فعل الغير الذي يعد سببًا لإعفاء المدين – الطبيب – من المسئولية أن يكون غير متوقع وغير ممكن دفعه أي أنه بهذه الصفة يكون بمثابة قوة قاهرة تؤدي إلى نفي المسئولية عن المدعى عليه.[٢]

أثر فعل الغير على مسئولية الطبيب :

يختلف أثر فعل الغير على الطبيب بحسب ما إذا كان هذا الفعل هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، أو ساهمت معه أسباب أخرى.

فإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، فإن المدعى عليه – الطبيب – يكون بمنأى عن أي صلة بالضرر لانتفاء علاقة السببية بين خطئه وبين هذا الضرر.[٣]

أما إذا كان فعل الغير هو أحد أسباب متعددة ساهمت في وقوع الضرر، وهو ما يحدث كثيرًا في نطاق المسئولية الطبية، حين يساهم إلى جانب خطأ الطبيب المدعى عليه خطأ طبيب آخر في إحداث الضرر، فإنه يلزم أن نفرق بين من يلتزم بالتزام تعاقدي في مواجهة المدعى – المضرور – وبين من لا تربطه بهذا الأخير رابطة تعاقدية

ففي النطاق التعاقدي، ووفقًا للقواعد العامة، لا يكون هناك تضامن بين المدينين بغير اتفاق خاص، فإذا تعهد العديد من الأطباء إجراء جراحة لمريض – في إطار الالتزام التعاقدي – فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يطالب أيًا منهم بالتعويض كاملاً لانتفاء التضامن بينهم، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، ولذلك لا رجوع له على أي منهم إلا بقدر نصيبه.[٤]

---

(١) السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٦٧.

(٢) دروس في نظرية الالتزام، د/ محمد لبيب شنب، صـ٣٧٠، بند ٣٥.

(٣) الوسيط ، د/السنهوري، جـ١، صـ٨٩٦، والمسئولية الدنية، د/ سليمان مرقس، صـ٤٢٥، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١٩.

(٤) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٢١، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٦٧.

وذلك طالما أمكن تحديد نسبة خطأ كل منهم، وإلا وزعت عليهم المسئولية بالتساوي إذا تعذرت نسبة هذه المساهمة[1].

أما في النطاق التقصيري للمسئولية، فإننا نكون بصدد تضامن قانوني بين المدينين[2]، ومن ثم فإن للمضرور أن يرجع على أي منهم بالتعويض كاملاً، مادام أن خطأ أي منهم لم يستغرق خطأ الآخر، ثم يقوم بالرجوع على الآخرين.[3]

أما إذا استغرق خطأ أحدهما الأخر ففي هذه الحالة تكون العبرة بالخطأ الذي يستغرق الآخر، فيكون صاحبه هو المسئول عن الضرر، وكما سبق فإن الخطأ العمدي يستغرق الخطأ غير العمدي، كما أن الخطأ الأول يستغرق الأخطاء الناتجة عنه، فخطأ الطبيب يستغرق خطأ المضرور (المريض) الناتج عنه وخطأ المضرور يستغرق خطأ المدعي عليه (الطبيب) الناتج عنه[4].

ويثور التساؤل عن مدى جواز احتجاج الغير بالخطأ المفترض للطبيب لدفع مسئوليته، ولا خلاف في أن افتراض الخطأ في جانب هذا الأخير إنما قرر لمصلحة المضرور وحده، فلا يستطيع غيره أن يحتج به، وبالتالي فإنه في حالة اشتراك خطأ الغير مع خطأ الطبيب حال كون هذا الخطأ الأخير مفترضًا لم يجز له أن يحتج بذلك.[5]

---

(١) السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٦٨.

(٢) تنص المادة ١٦٩ من التقنين المدني المصري على أنه "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض".

(٣)علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٢٢.

(٤) انظر: الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١ ، صـ٨٩٧، فقرة ٥٩٨، وما بعدها، والمسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس، صـ٥٠٢، فقرة ١٧٨، ومصادر الالتزام، د/ عبدالناصر توفيق العطار، صـ٢٧٨، بندد١٦٢، ونظرية المسئولية المدنية ، د/ محمد حسين الشامي، صـ٣٧٨، بند ١٩٨، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١٢.

(٥) الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١ ، صـ٨٩٩، فقرة ٥٩٨، وما بعدها، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٢٣.

المطلب الثالث

القــــوة القاهـــــرة

قد تنتفي علاقة السببية بين الخطأ الصادر عن المدين — الطبيب — والضرر الذي أصاب الدائن — المريض — بعيدًا عن تدخل أي شخص، كما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة، ويترتب على توافرها إعفاء المدين — الطبيب — من أية مسئولية وهي تعد سببًا للإعفاء من المسئولية سواء كانت مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية.[١]

ونتناول بحث القوة القاهرة من خلال بيان المقصود بها، وشروطها، ثم أثرها على مسئولية الطبيب.

أولاً ـ المقصود بالقوة القاهرة وشروطها

تُعرف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي[٢]، بأنها "حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر".[٣]

---

(١) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٧٠.

(٢) ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كانت القوة القاهرة تتميز عن الحادث الفجائي أم أنهما يدلان على نفس المعنى، وقد انقسم الفقه في هذا الخصوص إلى اتجاهين:
الاتجاه الأول: وهو الذي ذهب إليه غالبية الفقه القانوني حيث يروا عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي فهما في نظرهم "تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه، يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام" ، راجع في ذلك: شرح القانون المدني، في الالتزامات، د/ سليمان مرقس صـ٣٦٧)، والوسيط ، د/السنهوري ، صـ٨٧٦، والمسئولية التقصيرية والعقدية، د/ حسن عكوش، صـ١٣٠ فقرة ٥٧، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبدالرشيد مأمون ، صـ٨٩، فقرة٧٧، ومصادر الالتزام، د/ عبدالناصر العطار، صـ٢٧٤، فقرة ١٦٠، ، والوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، د/ محمود جمال الدين زكي، جـ١، صـ٣٥٤، المسئولية المدنية، د/ ذهدي يكن، صـ١٠٢ ، منشورات المكتبة العربية، بيروت. وا نظرية العامة للالتزامات، د/ محمد وحيد الدين سوار، جـ١، صـ٣٨٥، فقرة ٥٠٥، مطبعة رياض دمشق ١٩٨٢م، والمسئولية عن الأشياء، د/ إياد عبدالجبار ملوكي، صـ٢٣٨، فقرة ١٩٠.
الاتجاه الثاني : يذهب إلى ضرورة التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، وفي محاولة لتدعيم هذه النظرة، لم يستقر هذا الرأي على أساس لتلك التفرقة، فتارة يقرر أن القوة القاهرة هي أمر يأتي من الخارج ولا يتصل بعمل الإنسان كهبوب عاصفة أو نشوب حرب، أما الحادث الفجائي فهو أمر يأتي من الداخل يتصل بعمل الإنسان كانفجار آلة أو التهاب مادة، انظر في عرض ذلك: الوسيط ، د/السنهوري ،جـ١، صـ٨٧٦، والمسئولية في تقنينات البلاد العربية، د/ سليمان مرقس، صـ٤٩٣، ٤٩٤، وتارة يقرر: أن الحادث إذا كان كبير الأهمية فهو قوة قاهرة، أما إذا كان قليل الأهمية فهو حادث فجائي، أي أن القوة القاهرة تؤدي إلى الاستحالة المطلقة، أما الحادث الفجائي فيؤدي إلى الاستحالة النسبية، انظر: النظرية العامة للالتزامات، د/ محمد وحيد الدين سوار، جـ١، صـ٣٨٥، فقرة ٥٠٥، والسبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزامات، د/ رأفت حماد، صـ٢٨ وما بعدها ، والذي أميل إليه هو: الرأي الأول الذي يرى عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، وكما يقول البعض: "إنهما اصطلاحان يدلان على معنى واحد، ولذلك فلا محل للتمييز بينهما، فالمقصود بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر"، انظر: دروس في نظرية الالتزام، د/ محمد لبيب شنب، صـ٣٦٧. بند ٣٣، كما قضت محكمة بنها جنح مستأنفة بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢٨م — المجموعة الرسمية، ٥٨– ١٧٤– ٨٨، بأن: "القوة القاهرة والحادث الفجائي شئ واحد، فالتمييز بينهما لا يقوم على أساس صحيح" مشار إليه في: الوافي، د/ سليمان مرقس، مجلد ٢، هامش ٨٤٥، صـ٤٨٦.

(٣) الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١ ، صـ٨٧٦، وشرح القانون المدني، في الالتزامات، د/ سليمان مرقس، المطبعة العالمية، سنة ١٩٦٤، صـ٣٦٧، والمسئولية عن الأشياء، محمد لبيب شنب، صـ٢٣٣، والنظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الأشياء، د/عاطف النقيب، صـ٣٠٣.

كما عرف البعض القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنها: "هي التي لم يكن في الوسع توقعها، ولا توقيها، وبها يصبح تنفيذ الواجب أو الالتزام مستحيلاً"[1].

وقد عرفها البعض الأخر بقوله: "القوة القاهرة هي الحدث الذي ليس بالإمكان عادة توقعه، أو ترقبه، ولا بالمستطاع دفعه، أو تلافيه، والذي يحصل من غير أن يكون للحارس يد فيه أو للشئ دخل به، فيكون بمصدره خارجاً عن هذا وذاك"[2].

وفي ضوء هذه التعريفات للقوة القاهرة يمكن تحديد شروطها، وهي تنحصر في ثلاثة شروط، أولها عدم نسبة القوة القاهرة إلى المدين، وثانيها عدم إمكان التوقع، وثالثها استحالة الدفع.

١- عدم نسبة القوة القاهرة إلى المدين :

وقد عبر عن هذا الشرط المشرع الفرنسي في المادة ١١٤٧ من التقنين المدني بقوله "سبب أجنبي لا يمكن أن ينسب إليه"[3]، أما المشرع المصري فقد عبر عنه في المادة ١٦٥ من التقنين المدني بقوله: "سبب أجنبي لا يد له فيه".

ويقصد بهذا الشرط أنه حادث خارجي عن تدخل المدين[4]، ولهذا فإن الأمر الذي يتصل بالمدين يعتبر سببًا داخليًا، لا يمكنه الاحتجاج به، ومن ذلك احتجاج المدين — الطبيب — بقصور الأشياء — الأدوات الطبية — أو الأشخاص — تابعي الطبيب — الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه.[5]

٢- عدم إمكان التوقع:

يشترط فضلاً عن عدم نسبة الحادث إلى المدين، ألا يكون من الممكن توقعه؛ لأن عدم توقع المدين له، مع إمكانية ذلك، يجعله مخطئًا لعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الحادث.[6]

---

(١) المسئولية العقدية والتقصيرية، د/ حسن عكوش، صـ١٣١.

(٢) النظرية العامة للمسئولية عن حوادث السيارات والأشياء، د/ عاطف النقيب، صـ٣٠٣.

(3) Art. 1147 "... Cause étrangère qui ne peut lui être imputée".
مشار إليه: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٧١.

(٤) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٧١.

(٥) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٠٦، والتأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٧١.

(٦) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٠٦.

ولتوافر عدم إمكانية التوقع للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ يجب أن يكون الفعل الطارئ بطبيعته غير ممكن توقعه من جانب المدين بالالتزام (الطبيب) بصورة مطلقة لا نسبية، مع الاعتداد بمعيار موضوعي بالنسبة للمدين فلا يكفي أن يكون عدم التوقع متعلقاً بشخص المدين بالالتزام فقط، بل يرجع في ذلك إلى أشد الأشخاص تبصراً ويقظة بالأمور[1].

وعدم التوقع ينصب على الوقائع الاستثنائية دون المعتادة، فهذه الأخيرة يجب أن يتوقعها المدين دائمًا[2]، ومن أمثلة تلك الوقائع الأخيرة، أن يصدر تشريع يحظر استيراد بعض المعدات الطبية أو الأدوية من الخارج[3]، فمثل هذه الوقائع من الممكن توقعها، ولذلك لا تعد من قبيل القوة القاهرة، ويمتنع على الطبيب أن يتمسك بها لدفع مسئوليته.

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى، فقد يقع حادث في الماضي، ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه[4].

وبالنسبة للوقت الذي يعتد فيه بعدم إمكان التوقع فإنه يختلف بحسب ما إذا كنا بصدد مسئولية عقدية، أو مسئولية تقصيرية، ففي المسئولية العقدية تكون العبرة بوقت إبرام العقد — بين المريض أو ذويه مع الطبيب —، فإذا كان الحادث غير ممكن التوقع وقت إبرام العقد كان كافياً في تحقق الحادث الفجائي، حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد، وقبل التنفيذ، أما فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية، فيعتد بعدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث (النشاط الطبي المنتج للضرر).[5]

(١) الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٨٧٨، فقرة٥٨٨، والمسئولية عن الأشياء، د/ محمد لبيب شنب، صـ٢٤٣، فقرة ٢٠٧، وذهب البعض الأخر– في إطار التضييق من نطاق المسئولية بالتوسع في نطاق السبب الأجنبي إلى قياس عدم إمكانية التوقع بمعيار الشخص العادي، انظر في هذا الاتجاه: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، د/ محمد دسوقي، صـ٣٦٨، مطابع رمسيس الإسكندرية.

(٢) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٠٦.

(٣) المسئولية المدنية عن النشاط الطبي ، د/ سعد سالم العسيلي، صـ٢٩٢.

(٤) نقض مدني ٨ أبريل ١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض، ١٤ـ ٦٠ـ٥ـ ٨٠.

(٥) الوسيط ، د/ عبدالرزاق السنهوري، رقم ٥٨٨، صـ٨٧٨، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٠٦.

وقد طبق القضاء الفرنسي لهذا الشرط بكل دقة، حيث فرض رقابته على تقدير ما إذا كانت الواقعة مما يمكن توقعها أم لا، فلم يعتبرها سببًا أجنبيًا ينفي مسئولية المدين إلا في الحالة الثانية دون الأولى.[١]

٣- استحالة الدفع

يشترط أخيرًا في الحادث الذي يعد قوة قاهرة أن يستحيل دفعه، سواء كانت هذه الاستحالة مادية أو معنوية[٢]، بحيث يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً.

ومثال الاستحالة المادية أن يشب حريق هائل في المستشفى قبيل إجراء الطبيب العملية الجراحية للمريض، ومثال الاستحالة المعنوية أن يموت عزيز لدى هذا الطبيب يجعل إجراء تلك الجراحة أمرًا مستحيلاً.[٣]

وعدم إمكانية الدفع يتحقق في الواقعة التي يعجز الشخص عن دفعها بحيث لا يستطيع أن يفعل أمامها شيئاً[٤].

فلابد أن يكون هناك استحالة في دفع الضرر والاستحالة التي تترتب على القوة القاهرة هنا هي الاستحالة المطلقة، وليست مجرد الاستحالة النسبية، وهي — أي الاستحالة المطلقة — التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً لكل شخص وجد في نفس ظروف المدين[٥]، وهو ما تستقل محكمة الموضوع بتقديره وفقًا لما تستظهره من أوراق الدعوى.[٦]

---

(1) Cass. Com., 23 fév. 1988, Bull. Civ., IV, no. 87; Cass. Com., 3 oct. 1989, Bull Civ. IV, no. 346; J.C.P. 1990, II, 21423; R.T.D.C. 1990, p. 87, note P. Jourdain; Cass. Civ. 3e, 30 nov. 1983, Bull. Civ. III, no. 253; Cass. Civ. Lre 26 janv. 1971, Bull. Civ., I, no. 27; Cass. Civ., lre 7 mars 1966, Bull. Civ., I, no. 166, R.T.D.C. 1966, p. 823, note Durry; Cass. Civ., I, 30 juin 1953, D. 1953, p. 642.

مشار إليهم في: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٧٢.

(٢) الوسيط، د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٥٨٩.

(٣) الوسيط د/ عبدالرزاق السنهوري، جـ١، صـ٥٨٩، وشرح القانون المدني، في الالتزامات، د/ سليمان مرقس، صـ١٩٩، وما بعدها، وعلاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٠١.

(٤) المسئولية عن الأشياء، د/ إياد ملوكي، صـ٢٣٢، فقرة ١٨٤.

(٥) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١٠٢.

(٦) وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها حيث قررت أنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، وهذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذي تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها" (طعن مدني رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ بتاريخ ٢٧ مارس ١٩٨٠، س٣١، مشار إليه في: الموسوعة القانونية في المهن الطبية، المستشار/عدلي خليل، صـ١٥٨.

#

ثانيًا ـ أثر القوة القاهرة على مسئولية الطبيب

يختلف أثر القوة القاهرة على مسئولية الطبيب بحسب ما إذا كانت هي السبب الوحيد للضرر، أو اشترك معها سبب آخر كخطأ الطبيب.

ففي الحالة الأولى تنتفي رابطة السببية، ومن ثم تنتفي مسئولية الطبيب، وقد يقتصر الأمر على مجرد وقف تنفيذ الالتزام لحين زوال المانع.[1]

أما في الحالة الثانية، فإن اشتراك خطأ الطبيب مع القوة القاهرة في إحداث الضرر، يجعله مسئولاً مسئولية كاملة؛ لأن خطئه كان سببًا في وقوع الضرر، ولا يمكن أن يسأل أحد غيره؛ لأن الذي ساهم معه في إحداث الضرر هي القوة القاهرة.[2]

ومن أمثلة ما قضى به القضاء الفرنسي في ذلك :

Cass. Civ. 11 juill. 1963, J.C.P. 1964, no. 13607, note J. Boré.

مشار إليه في: التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ أشرف جابر، صـ١٧٣.

(١) الوسيط د/ عبدالرزاق السنهوري ، جـ١، رقم ٥٩١، وشرح القانون المدني، في الالتزامات، د/ سليمان مرقس، صـ٢٤٦ .

(٢) علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، صـ١١٠.

المبحث الثاني
أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية
في الفقه الإسلامي

قد يقع للمريض ضرر أثناء العملية الجراحية أو بعدها، وفي هذه الحالة تقوم مسئولية الجراح ومعاونيه على النحو السابق بيانه ولا يستطيع الطبيب (الجراح) التخلص من المسئولية إلا بإثبات، انقطاع رابطة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمريض وهو ما يعرف بالسبب الأجنبي .

إذن فالسبب الأجنبي هو السبب الرئيسي في إعفاء الطبيب من المسئولية، وحول مفهوم السبب الأجنبي وحالاته في الفقه الإسلامي نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: القوة القاهرة أو الآفة السماوية في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث: فعل الأجنبي في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

مفهوم السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي

تعريف السبب الأجنبي

في اللغة: عبارة السبب الأجنبي لفظ مركب مكون من كلمتين، السبب ويطلق على الحبل[(١)]، والأجنبي ويطلق على الغريب[(٢)].

وفي الاصطلاح هو: "كل أمر لا يستطيع الإنسان توقيه ولا دفعه، ولا إرادة له في إحداثه، ولا يمكن معه تضمين أحد"[(٣)]، أو أنه "كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان"[(٤)].

وقيل أنه "كل أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه، ولا في الوسع توقعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً"[(٥)].

ومن خلال المفاهيم السابقة للسبب الأجنبي يتضح لنا أنه يعني الأمر الذي لا يستطيع الشخص منعه ولا دفعه ولا يد له فيه والذي يتمثل في نظر فقهاء القانون في القوة القاهرة، وخطأ المضرور، وخطأ الغير، ونجد له في الفقه الإسلامي ما يقابله، فيقابل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، ما يسمى بالآفة السماوية[(٦)]، أو الجائحة[(٧)]،

---

(١) المصباح المنير، مادة (سبب) صـ٢٦٢، ولسان العرب، مادة (سبب)، جـ١، صـ٤٥٥.

(٢) لسان العرب مادة ، (جنب) جـ١ ، صـ٢٧٥، ٢٨٣.

(٣) مجموع الفتاوى ، لابن تيمية، جـ٣، صـ٢٧٨، جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم النجدي الحنبلي.

(٤) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د/صبحي المحمصاني، جـ١ صـ٢٠٨، الطبعة الثانية بيروت ١٩٧٢م.

(٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د/عبد الرزاق السنهوري، صـ١٧٨.

(٦) الآفة هي: العاهة ، وقد إيف الزرع إذا أصابته آفة، والآفة هي التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها، ، ومنها ما جاء في الدر المختار، "أو أصاب الزرع آفة سماوية كغرق وحرق وشدة برد"، انظر مختار الصحاح مادة (أوف) صـ٣٣، والدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي، جـ٤ صـ٢٩٥.

(٧) الجائحة : هي الشدة التي تجتاح المال من سنة قحط أو فتنة أو هي ما أذهب الثمر بأمر سماوي، وهي الآفة يقال جاحت الآفة المال تجوح جوحا أي أهلكته واستأصلته، انظر مختار الصحاح، مادة جوح، صـ١١٦، والمعجم الوجيز، صـ١٢٥، و المصباح المنير، جـ١، صـ١٥٦، ١٥٧، ولسان العرب، جـ١، صـ١٢٠، باب (فجأ)، ومنها : ما جاء في الأم للشافعي: "الجائحة ما أذهب الثمر بأمر سماوي" ، الأم للشافعي ، جـ٣، صـ٥٨.
والجائحة هي: " كل آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها كالريح والحر والبرد والعطش" انظر: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، جـ٤، صـ١٦٨، وبداية المجتهد، لابن رشد، جـ٢ صـ١٨٧، والمدونة الكبرى، جـ١٢ صـ٢٦، ٣٢، ٣٨ ، والمنتقى في شرح موطأ مالك، للقاضي سليمان بن خلف، جـ٤ صـ٢٣١، ٢٣٦، والمغنى على الشرح الكبير، لابن قدامة، جـ٤ صـ٢١٦.

أو الفجأة[1]، وكلها ألفاظ وتعبيرات تقابل من حيث الأثر والمعنى المصطلح القانوني لفكرة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة[2].

كما يقابل خطأ المضرور، وخطأ الغير في القانون المدني ما يسمى بفعل الأجنبي في الفقه الإسلامي[3].

(١) الفجأة : بالفتح هو الموت الذي يصيب الآدمي بلا علة، انظر: لسان العرب، باب "فجأة" جـ١، صـ١٢٠.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د/عبد الرزاق السنهوري، جـ٦، صـ١٧٧، ١٧٨، ونفس المعنى: السبب الأجنبي، د/ رأفت محمد حماد، صـ١٠.

(٣) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د/عبد الرزاق السنهوري، جـ٦، صـ١٧٧.

المطلب الثاني

القوة القاهرة أو الآفة السماوية في الفقه الإسلامي

يعبر في الفقه الإسلامي عن القوة القاهرة بالآفة السماوية أو بالفجأة[1]، ويعرفها بعض الفقهاء بأنها "قوة لا يستطيع الإنسان دفعها، وليس في إمكانه الاحتراز عنها"[2]، ويعرفها البعض الآخر بأنه "أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان، لا قِبَل له به".[3]

وهي تعتبر في الفقه الإسلامي سببًا أجنبيًا يقطع علاقة السببية بين التعدي والضرر[4]، ولذلك يرتفع الضمانَ عن الطبيب إن ساهم في إحداث الضرر حادث يمكن اعتباره آفة سماوية، حيث إن المسئولية تسقط عن الشخص إذا ثبت أنه لا يد له فيما حدث، وبذلك يبرأ من الضمان، يؤكد ذلك ما قررته النصوص الشرعية من رفع الحرج والمشقة عن الناس فيما لا يستطيعون دفعه ولا توقيه، قال تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾ (سورة البقرة من الآية ١٨٥) وقال جل وعلا: ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (سورة البقرة من الآية ٢٨٦)، وقال سبحانه: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (سورة الحج من الآية ٧٨).

وجه الدلالة من الآيات الكريمة:

دلت الآيات الكريمة دلالة صريحة على عدم تكليف النفس بما يجاوز الوسع والطاقة، فلا يكلف الله سبحانه وتعالى أحداً بما لا يقدر عليه، ولا يحملنا ذنب شئ لم نعمله، لأن ذلك يؤدي إلى إرهاق النفس، وهذا أصل عظيم في الدين، وركن من أركان

---

(١) ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر، للشيخ عبد الرحمن بن سليمان المعروف بشيخ زاده، جـ٢، ص٦٧٦.

(٢) نظرية الضمان ، د/ وهبة الزحيلي، صـ٣٣.

(٣) الإسلام عقيدة وشريعة، فضيلة الشيخ/ محمود شلتوت، دار الشروق ، طـ١٦، صـ٣٢، ونفس المعنى: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د/ صبحي المحمصاني، جـ١، صـ٢٠٨.

(٤) ومما جاء في كتب الفقه يدل على ذلك : "وضع أحد جمرة على طريق فهبت الريح بها، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئا لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع حجرا في الطريق، فجاء السيل ودحرجه، فكسر شيئا لا يضمن الواضع، لأن جنايته زالت بالماء والريح" انظر: مجمع الضمانات، صـ١٤٩، ومنها كذلك "لو وضع جرة على سطحه أو حجرا فرمته الريح على إنسان فقتله، أو شيء فأتلفه لم يضمن؛ لأن ذلك من غير فعله، ووضعه له كان في ملكه" المغني، لابن قدامة، جـ٩، صـ٥٧٨.

الشريعة الإسلامية، فالشرع لا يرضي بالعسر والإرهاق، ولا بالضيق، والعنت، فهو يوسع حيث يوجد الضيق، وييسر حيث يوجد العسر[1].

ولا شك أن تحميل الطبيب مسئولية الضرر الناشئ عن الآفة السماوية فيه تحميل بما لا يطيق والمسئولية عن ذنب لم يفعله، مما يناقض تعاليم الشرع الحنيف.

كما دلت السنة النبوية المطهرة على عدم تكليف الناس بما لا يستطيعون دفعه، ولا توقيه، ومنه قوله ﷺ " لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ "[2]، والحديث يدل على أن الضرر مرفوع وإلزام الطبيب الجراح بالضمان نتيجة التلف الناشئ عن الأحداث السماوية- القوة القاهرة- كالحر الشديد، والبرد القارس، فيه ضرر عليه، والضرر مرفوع بحديث النبي ﷺ[3].

كما أن الرسول ﷺ قرر عدم أحقية البائع في الحصول على ثمن المبيع إذا أصابته جائحة، وأعتبر أن أخذ البائع للثمن بعد هلاك المبيع هو من أخذ أموال الناس بغير حق، فقد ورد عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: "لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ"[4].

ومن أمثلة الآفة السماوية ما جاء في مجمع الضمانات "أوقد نارا في طريق العامة فجاء الريح ونقلها إلى دار رجل آخر وأحرقها لا يضمن"[5]، و"إذا غصب عقارا فهلك في

---

(١) راجع في ذلك، تفسير القرطبي، جـ٣ ، صـ٤٢٧ وأحكام القرآن لابن العربي، جـ١ صـ٢٦٤، وأحكام القرآن للجصاص، جـ١، صـ٥٣٦ وما بعدها.

(٢) أخرجه: الإمام مالك بن أنس ت ١٧٩هـ مرسلا عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلا في"الموطأ " كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق جـ٢، صـ٥٧١، ط/ دار الحديث بالقاهرة ، ط/ الثالثة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م - وأخرجه موصولا ابن ماجه القزويني ت ٢٧٥هـ في " سننه " عن ابن عباس ، ك: الأحكام ، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، جـ٢، صـ٧٨٤، والإمام أحمد بن حنبل ت ٢٤١هـ في " مسنده " جـ١، صـ٣١٣، ط/ مؤسسة قرطبة بمصر ، بدون تاريخ، وصححه الحاكم في: المستدرك على الصحيحين، جـ٢، صـ٥٧، ٥٨ ، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي - وذكره أبو زكريا النووي ت ٦٧٦هـ في: شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، صـ ٧٤، ط/ المكتبة التوفيقية بالقاهرة ، وقال: "حديث حسن ".

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٨٣، والاشباه والنظائر لابن نجيم ، صـ٨٥، ومعنى الحديث كما قال النووي : " لا يضر أحدكم أحدا بغير حق ولا جناية سابقة ، ولا تضر من ضرك ، إذا سبك أحد فلا تسبه ، وإن ضربك فلا تضربه ، بل اطلب حقك منه عند الحاكم من غير مسابة ، وإذا تساب رجلان أو تقاذفا لم يحصل التقاضي ، بل كل واحد يأخذ حقه بالحاكم "، انظر: : شرح الأربعين النووية، للنووي، صـ٧٤.

(٤) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة ، باب: وضع الجوائح، رقم (٢٩٠٥)، جـ٢، صـ١١٩٠.

(٥) يراجع في ذلك: مجمع الضمانات، للبغدادى، نسخة محققة ، ط دار السلام ، ١٩٩٩م، جـ١ ، صـ٣٧٣ ، وتبيين الحقائق، للزيلعي، جـ٦ صـ١٤٣.

يده بأن انهدم بآفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء أو أشجاره أو غلب السيل على أرض فبقيت تحت الماء لا يضمنه عندهما".[1]

و"أن يضع جمرة على الطريق فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيئا لا يضمن الواضع، وكذا لو، وضع حجرا في الطريق فجاء السيل، ودحرجه فكسر شيئا لا يضمن الواضع ؛ لأن جنايته زالت بالماء والريح".[2]

فهنا يعتبر هبوب الريح، وسيلان الماء، قوة قاهرة، فأصبح سبباً أجنبياً انتفى به الضمان، حيث ترتب عليه قطع علاقة السببية بين إيقاد النار في طريق العامة والضرر الناشئ عن ذلك.

ويمكن لنا من خلال العرض السابق أن نحدد شروط القوة القاهرة أو الآفة السماوية بما يلي:

١- عدم صدور الخطأ من أحد المتعاقدين، فلو كان الضرر الذي ترتب على القوة القاهرة صادراً من الطبيب أو المريض فإن أثر القوة القاهرة ينتهي ويتحمل الطبيب الضمان في حالة صدور الخطأ منه، وذلك كما لو تسبب الطبيب بخطأ منه في انقطاع التيار الكهربائي مما أدى إلى ضرر المريض نتيجة لتعطل الأجهزة الطبية عن العمل، فإن تعطل هذه الأجهزة وأن تم عن طريق انقطاع التيار الكهربائي، والذي يعد في حكم القوة القاهرة إلا أن تسبب الطبيب في هذا الانقطاع يفقد القوة القاهرة شرطاً من شروط تحققها.

٢- أن يكون الأمر الطارئ غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، فلابد لكي تنقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، أن يكون الأمر الطارئ الذي أدى إلى حصول الضرر غير متوقع، لأنه إن أمكن توقعه فلا يعد في حكم القوة القاهرة.

٣- ألا يمكن التحرز منه أو دفعه إذا وقع، كما أنه لابد وأن يكون الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة غير ممكنة الدفع والمقاومة حتى يسقط الضمان، لأن القاعدة الفقهية تقر أنه "مالا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه"[3]، ومن ذلك

---

(١) مجمع الضمانات، للبغدادى، محققة، جـ١ ، صـ٣٠٥.

(٢) مجمع الضمانات، للبغدادى، محققة، جـ١ ، صـ٣٥٢.

(٣) راجع المادة (٩١) من مجلة الأحكام العدلية.

ما جاء في مجمع الضمانات: " فالأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ فله أن يعمل للعامة ومن هذا يسمى مشتركا والمتاع أمانة في يده إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له عند أبي حنيفة وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن لهما"[1].

فإذا أختل شرط من الشروط السابقة فلا يرتفع الضمان ومثال ذلك: "لو أكل الذئب الغنم والراعي عنده إن كان الذئب أكثر من واحد لا يضمن لأنه كالسرقة الغالبة (أي لا يستطيع الراعي دفعها) وإن كان واحدا يضمن لأنه يمكن المقاومة معه فكان من جملة ما يمكن الاحتراز عنه بخلاف الزائد على الواحد".[2]

(١) مجمع الضمانات، للبغدادي، نسخة محققة، جـ١ ، صـ١٠٠.
(٢) مجمع الضمانات، للبغدادي، نسخة محققة، جـ١ ، صـ١٠٦.

المطلب الثالث

فعل الأجنبي في الفقه الإسلامي

إن من أهم الأسباب التي تقطع رابطة السببية بين خطأ الطبيب وضرر المريض هو أن يكون الفعل أو الخطأ صادر من شخص أخر غير الطبيب الجراح، ويمكن أن يكون هذا الشخص هو المريض نفسه، وممكن أن يكون شخصاً من الغير، وعلى ذلك فإن خطأ الأجنبي في الفقه الإسلامي يشمل كل من : خطأ المريض وخطأ الغير وهو ما نتناوله فيما يلي:

الفرع الأول

خطأ المضرور (المريض)

إذا وقع الخطأ من المضرور نفسه (المريض) فإن ذلك يؤدي إلى قطع رابطة السببية بين فعل الطبيب والضرر الذي أصاب المريض ولكن الفقهاء فرقوا بين عدة حالات:

الحالة الأولي: إنفراد المضرور بإحداث الضرر

ففي هذه الحالة يتحمل المضرور نتيجة فعله ولا ضمان على المدعى عليه (الطبيب) لأن الضرر قد تولد من تعدي المضرور بمفرده فصار كأنه هو الذي تعدى على نفسه، والأمثلة على ذلك في الفقه الإسلامي كثيرة، ومنها:

لو قدم إنسان إلى أخر سلاحاً، فقتل نفسه فلا ضمان على صاحب السلاح[1]، وإن وضع إنسان حجرا أو حديدة في ملكه وحفر فيه بئرا فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لأنه لم يتعد وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه[2].

ومن الأمثلة أيضاً: إذا تعمد رجل ان يزلق على خشبة وضعها رجل في الطريق، أو تعمد أن يُلقِي نفسه عمداً في بئر حفرها رجل على الطريق، فكل ذلك لا يوجب

(١) المغني مع الشرح الكبير ، جـ٩، صـ٥٧١.
(٢) الشرح الكبير ، لابن قدامه، جـ٩، صـ٤٨٨.

الضمان على واضع الخشبة والحجر وحافر البئر، وذلك لأن الواضع متسبب،وفعل العامد مباشر وطروء المباشرة على التسبب ينسخه"[1].

الحالة الثانية: استغراق خطأ المضرور لخطأ المدعى عليه

في هذه الحالة يشترك المدعى عليه (الطبيب) والمضرور (المريض) في إحداث الضرر، ولكن خطأ المضرور (المريض)، يستغرق خطأ الطبيب وبالتالي فلا ضمان على الطبيب، لأن خطأ المريض يعتبر سبباً أجنبياً يقطع رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض وللفقهاء القدامى رحمهم الله أمثلة كثيرة على ذلك ومنها:

لو حفر بئراً في الطريق العام، أو رش فيها ماء ومر إنسان علي البئر أو علي الماء عمدا وتلف، فليس على الحافر أو الراش شئ، لان الحافر وإن كان مخطئاً لتسببه بالحفر أو الرش إلا أن تسببه انقطع بمباشرة المرور تعمدا من قبل المضرور[2].

ومن ذلك: " لو شق ما حمله الحمال فسال يضمن، فإن ذهب الحمال وهو يعلم بذلك لا يضمن الشاق ما سال بعد ذلك"[3].

الحالة الثالثة: رضاء المضرور بالضرر

هناك من جعل رضاء المضرور بالضرر سبباً في إعفاء المدعى عليه من الضمان، وذلك استناداً إلى رضاء المضرور بالضرر على أساس ما ورد في كتب الفقه الإسلامي من عبارات تؤكد رفع الضمان عن الشخص في حالة رضاء المضرور ومنها:

---

(١) المبسوط ،للسرخسي، جـ٢٧، صـ٥١، وجاء فيه " ولو وضع خشبة على الطريق فتعرقل به رجل فهو ضامن له لأنه شغل رقبة الطريق بالخشبة التي وضعها فيه فهو بمنزلة ما لو بنى في الطريق دكانا أو جلس فيه بنفسه أو وضع ظله على الطريق فإن وطئ المار على الخشبة ووقع فمات كان ضامنا له بعد أن لا يتعمد الزلق قال : وهذا إذا كانت الخشبة كبيرة يوطأ علي مثلها فإن كانت صغيرة لا يوطأ على مثلها فلا ضمان على الذي وضعها لأن وطأه على مثل هذه الخشبة بمنزلة تعمد الزلق أو بمنزلة التعرقل بالحجر الموضوع على الطريق عمدا وذلك لا يوجب الضمان على واضع الحجر فطريان المباشرة على التسبيب بمنزلة ما لو حفر بئرا في الطريق فألقى إنسان نفسه فيها عمدا ".

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي ، نسخة منقحة ومحققة، جـ١ ، صـ٤٠٧، وجاء فيه: " رجل حفر بئرا في الطريق فألقى نفسه فيها متعمدا لا يضمن الحافر ، وإن لم يوقع فيها نفسه فسقط وسلم من السقوط ومات فيها جوعا ، أو غما لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة "، وانظر في عرض هذه الأمثلة ، نظرية المسئولية المدنية، د/ محمد حسين الشامي، صـ٣٨٤، بند ٢٠٦، والسبب الأجنبي ، د/ رأفت محمد حماد ، صـ٦١.

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي ، صـ٣٥٩

لو قال شخص لغيره أحرق ثوبي أو ألقيه في البحر ففعل، فلا ضمان عليه، لأن المضرور رضي بما صنع المدعي عليه، وكذلك لو قال: اهدم منزلي فهدمه، فلا ضمان عليه إذا إن أمره قد صدر في حدود ولايته، ولم يكن المأمور متعدياً بسبب ذلك فلا يضمن[1].

وأيضا لو أن شخصاً شق قربة شخص آخر، فسال ما فيها وساق صاحب القربة دابته مع علمه بالشق لا يضمن الشاق[2].

ولكني أخالف أصحاب هذا الرأي فلا يمكن جعل رضاء المريض أو المضرور بالضرر سبباً في رفع الضمان عن المعتدي، ولاسيما وأن هذا الاعتداء في المجال الطبي بصفة عامة وفي مجال زراعة الكبد بصفة خاصة يترتب عليه المساس بحرمة الجسد والحياة، والتي هي من الضروريات الخمسُ التي نبه الإسلام على صيانتها والمحافظة عليها، ولا يمكن إعمال هذه النظرية في مثل هذه الحالات، إلى جانب أن هذه الأمثلة تتعلق بالأموال، وليست بالجنايات.

الحالة الرابعة: عدم استغراق أحد الخطأين للآخر

إذا اشترك المدعى عليه والمضرور في إحداث الخطأ، ولم يستغرقْ خطأ أحدهما خطأ الآخر، فقد أختلف الفقهاء في كيفية تقسيم الضمان على رأيين:

الأول: ذهب إلى القول بأن على كل واحد ضمان ما أتلفه على الأخر من نفس أو مال، ومن ذلك ما جاء في البدائع[3] أنه "إذا إصطدم فارسان فماتا، فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر في قول أصحابنا الثلاثة....".

وجاء في حاشية الدسوقي[4] "وإن تصادما خطأ فالدية على العاقلة، بمعنى أن دية كل منهما على عاقلة الآخر إن ماتا معاً...".

---

(١) جامع الفصولين، لمحمود بن إسرائيل ، جـ٢، صـ٧٨.
(٢) جامع الفصولين، لمحمود بن إسرائيل، جـ٢، صـ٨٤.
(٣) بدائع الصنائع ، للكاساني، جـ٧، صـ٢٧٣.
(٤) حاشية الدسوقي ، جـ٤، صـ٢٤٧.

وجاء في المغني والشرح الكبير[1] "وإن تصادمت نفسان يمشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، روى هذا عن علي –رضي الله عنه– وذلك لأن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وإنما هو قربها إلى محل الجناية فلزم الآخر ضمانها...".

وقد علل أصحاب هذا الرأي اتجاههم: بأن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه إياه، فيضمن كل واحد منهما دية الأخر، وقالوا: "وذلك كمن بنى حائطاً في الطريق فصدم رجلاً فمات، فإن الدية على صاحب الحائط كذا هذا، وبهذا يتبين أن صدمة نفسه مع صدم صاحبه إياه فيه غير معتبر إذ لو أعتبر لما لزم باني الحائط على الطريق جميع الدية، لأن الرجل قد مشى إليه وصدمه، وعلى هذا ففعل كل واحد منهما في حق نفسه لا يعتبر"[2].

أما الرأي الثاني : فذهب إلى القول بأن على كل واحد من المتصادمين ضمان نصف ما أتلفه على الأخر من نفس أو مال[3].

ومن ذلك ما جاء في مغني المحتاج[4] "إذا اصْطَدَمَا، أي حران كاملان راكبان أو ماشيان، أو راكب وماش طويل سواء أكان مقبلين أم مدبرين أم أحدهما مقبلاً والآخر مدبراً، بلا قصد كاصطدام أعميين أو غافلين، أو كانا في ظلمة ليشمل ما إذا غلبتهما الدابتان، فعلى عاقلة كل منهما نصف دية مخففة، أما كونه نصف دية فلأن كل واحد هلك بفعله وفعل صاحبه، فيهدر النصف كما لو جرحه مع جراحة نفسه وأما كونها مخففة، فلأنه خطأ محض".

كما جاء في البدائع[5] "وعند زفر – رحمه الله– على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو قول الشافعي..".

---

(١) المغني والشرح الكبير، جـ١٠، صـ٣٦٠.

(٢) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، صـ١٨٩.

(٣) انظر في عرض هذه الرأي ، نظرية المسئولية المدنية، د/ محمد حسين الشامي، صـ٣٥٨، بند ٢٠٩، والسبب الأجنبي ، د/ رأفت محمد حماد، صـ٦٤.

(٤) مغني المحتاج ، للشربيني، جـ٤، صـ٨٩.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني، جـ٧، صـ٢٧٣.

وعللو ذلك[1]: بأن كل واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه، وهو صدمة صاحبه، وصدمة نفسه، فيهدر ما حصل بفعل نفسه، ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه، فيلزم أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبي فمات، عن على الأجنبي نصف الدية.

وهو ذات الحل الذي سبق أن قرره الفقه الإسلامي، حيث يتحمل كل من المضرور والمسئول قدرًا من الضمان بقدر مساهمته في إحداث الضرر[2].

فإذا كان تلفه بخطأ المشترى "المضرور" فإن البائع الدائن لا يضمن[3].

(١) مغني المحتاج.، للشربيني، جـ٤، صـ٨٩، وبدائع الصنائع، للكاساني، جـ٧، صـ٢٧٣.

(٢) مجمع الضمانات، صـ١٥٠، حيث جاء أنه "إذا أوقف أرباب السفن سفينتهم على الشط فجاءت سفينة، فأصابت السفينة الواقعة كان ضمان الواقفة على صاحب السفينة الجائية، فإن انكسرت الجائية لا يضمن صاحب الواقفة؛ لأن الإمام أذن لأرباب السف بإيقاف السفن على الشط فلا يكون تعديا".

(٣) يراجع في ذلك: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د/ السنهوري، صـ١٧٩، و شرح مجلة الأحكام العدلية، لسليم باز، شرح المادة ٢٩٣ ، من المجلة صـ١٥٠.

الفرع الثاني

خطأ الغير في الفقه الإسلامي

يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه القانوني في اعتبار خطأ الغير سببًا معفيًا من المسئولية، وقد زخرت فروع الفقهاء بما يفيد ذلك، من ذلك قولهم "إنْ من حفر بئرًا تعديًا، وأوقع فيه شخص شيئًا فهلك، فإن المردي يقدم في الضمان على الحافر؛ لأنه مباشر ومقدم على المتسبب".[1]

وترتيبًا على ذلك، فإن الضمان يرتفع عن الطبيب بقدر مساهمة الغير في إحداث الضرر، ويتفاوت مقدار الضمان الذي يرتفع عن الطبيب بحسب جسامة الخطأ المرتكب من الغير[2].

فمتى كان تلف الشيء بفعل أجنبي فإن المدين يسطيع دفع المسئولية عنه، وذلك بإثبات انتفاء علاقة السببية وذلك بأن يثبت أن الضرر قد خصل بفعل شخص أجنبي، فإذا سرقت العارية من المستعير فلا يضمن، وذلك لأن السرقة بفعل أجنبي لا يد له فيه[3].

تطبيقات على خطأ الغير

جاء في مجمع الضمانات: "ولو طلب العارية فقال المستعير : نعم أدفع وفرط حتى مضى شهر ثم سرق إن كان عاجزا عن الرد وقت الطلب لا يضمن وإن كان قادرا فإن أظهر المعير السخط والكراهية في الإمساك أو سكت يضمن وكذا إذا لم يظهر السخط والرضا ؛ لأن الرضا لا يثبت بالشك وإن صرح بالرضا فإن قال: لا بأس لا يضمن"[4].

وجاء أيضا: "رجل في يديه مال إنسان فقال له السلطان الجائر: إن لم تدفع إلي هذا المال حبستك شهرا أو ضربتك ضربا لا يجوز له أن يدفع المال فإن دفع كان ضامنا

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل، جـ٦، صـ١٣٢، ومن فروعها كذلك ما جاء في مجمع الضمانات، صـ١٤٩، "أنه إذا ازدحموا يوم الجمعة، فدفع بعضهم بعضا، فوقع في زجاج الخزاف وقدورة، فانكسرت، يضمن الدافع إن انكسرت بقوة دفعه". وكذا ما جاء في مغني المحتاج على المنهاج، جـ٢، صـ٢٧٨ أن "من فتح رأس زق — الزق وعاء من جلد يجز شعره يتخذ للماء والشراب، جمعه أزقاق وزقاق (المعجم الوجيز صـ٢٨٩) — مطروح على الأرض، فخرج ما فيه بتقريب النار إليه، فالضمان على مقرب النار لا على فاتح الزق".

(٢) المسئولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، د/عبد الراضي هاشم، صـ٢٠٦.

(٣) راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د/ عبدالرزاق السنهوري، صـ١٧٩، ١٨٠.

(٤) مجمع الضمانات للبغدادي، صـ٦٦.

وإن قال له : إن لم تدفع إلي المال أقطع يدك وأضربك خمسين سوطا فدفع إليه لا يكون ضامنا لأن دفع مال الغير إلى الجائر لا يجوز إلا أن يخاف تلف عضوه والضرب المتوالي يخاف منه التلف"[1].

كما جاء: "والمتاع أمانة في يده (الأجير المشترك) إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له عند أبي حنيفة وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المُكَابِر والحريق الغالب لا يضمن لهما"[2].

وجاء في تبيين الحقائق: "ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلفت به نفس أو مال كان ضمانه على من نحاه ؛ لأن فعل الأول قد انتسخ"[3].

وعلى ذلك وحيث إن الفقهاء رحمهم الله قد رفعوا الضمان عن المدعي عليه في الحالات السابقة والتي تدل كلها على انقطاع رابطة السببية عن فعل الطبيب الجراح لوجود السبب الأجنبي فإن الفقه الإسلامي بذلك يكون قد بلغ ذروة الكمال، ولم يترك مشكلة إلا عالجها، ولا حالة إلا نظمها، وهذا هو سر كماله وصلاحيته لكل زمان ومكان.

صفوة القول:

بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء من رجال الفقه القانوني والفقه الإسلامي حول أسباب الإعفاء من المسئولية الطبية ظهر لنا جلياً أنه ليس ثمة خلاف بين نظرة الفقه الإسلامي والقانون المدني حول اعتبار السبب الأجنبي سبباً في الإعفاء من المسئولية فمتى تحققت حالات السبب الأجنبي من القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير، فإن مسئولية الطبيب لا تنعقد في هذه الحالة نظراً لانقطاع رابطة السببية بين الضرر والخطأ الأمر الذي يؤدي بدوره إلى إعفاء الطبيب من المسئولية إذ لا يمكن أن يتحمل نتيجة ضرر لم يكن له دخل في إحداثه وهذا أمر متفق عليه فقهاً وقانونا، ولا يحول بين هذا الاتفاق في نظرة الفقه الإسلامي إلى أسباب الإعفاء من المسئولية ونظرة القانون المدني وجود بعض الاختلاف الطفيف في المفاهيم أو التفصيلات الصغيرة ، المهم أن المبدأ العام في الفقه والقانون هو اعتبار السبب الأجنبي والأخذ به كسبب لإعفاء الجراح من المسئولية.

---

(١) مجمع الضمانات للبغدادي، صـ٧٤.
(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، صـ٢٧.
(٣) تبيين الحقائق للزيلعي، جـ١٧، صـ٤٦٠.

الخاتـــمـــة[1]

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات؛ على أن وفقني لإتمام هذا البحث على هذه الصورة، وقد بذلت فيه وسعي وخالص جهدي، ولم أبخل عليه بجهد ولا وقت.

وهذا أوان الشروع في عرض النتائج التي وصلت إليها من خلال دراستي لقضايا الموضوع، ثم أردفها بالتوصيات التي أراها ضرورية كي يؤتي هذا البحث ثماره، ويسهم في دفع عجلة نهضتنا في ركب الحضارة، إن شاء الله تعالى.

أولاً ـ أهم النتائج

١- مرونة أحكام الفقه الإسلامي وصلاحيته لمواكبة متطلبات العصر، ومسايرة الاحتياجات العلمية والثقافية، فهو صالح لكل زمان ومكان وليس بمعزل ولا بمنأى عن هذا التقدم .

٢- اتفقت كل الشرائع على وجوب حفظ النفس من الهلاك، والسعي في إنقاذها من الأمراض، وقد قرر الفقهاء المسلمون أن من الضرورات الخمس التي يجب على الإنسان أن يحفظها النفس، لذا أباح الإسلام التداوي وأمر به، وحث عليه بُعداً عن إيقاع النفس في التهلكة وعدم الاستسلام لليأس.

٣- أن الإنسان مأمور بالتداوي، والأخذ بالأسباب من أجل دفع المرض، ولا ينافي ذلك التوكل على الله؛ لأن الله ما قدّر مرضاً ولا وباءً إلا قدّر له الشفاء والبرء من هذا المرض.

٤- أن الكبد من أهم الأعضاء في جسم الإنسان، حيث يعتبر الكبد المعمل الكيميائي المركزي للجسم، ففيه تتم آلاف العمليات الكيميائية ببساطة وسهولة، وعلى الرغم من أنه عضو واحد إلا أن العلم أثبت أنه مكون من فصين -أيمن وأيسر-

(١) الخاتمة لغة: من كل شيء عاقبته وآخره ، ومحمد رسول الله ﷺ خاتم الأنبياء جميعاً عليهم السلام أي آخرهم، انظر: المعجم الوجيز، صـ ١٨٦ ، ومختار الصحاح، صـ ١٦٩.
واصطلاحا: اسم لألفاظ مخصوصة دالة على معاني مخصوصة جُعلت لآخر كتاب أو باب، انظر: الفتح المبين، د/ محمد إبراهيم الحفناوي، صـ ٢١١.

وبه ثمانية أجزاء ولديه القدرة على القيام بعمله وجميع وظائفه بشكل شبه طبيعي ب ٢٥٪ من طاقته.

٥- أن الطب الحديث توصل إلى إمكانية إنقاذ مرضى الكبد والمصابين بالقصور الكبدي النهائي من خلال عمليات زراعة الكبد، سواء من الأحياء عن طريق تبرع أحد الأقارب للمريض بفص من كبده، أو عن طريق الحصول على كبد المتوفى دماغياً، وأن هذه العمليات أصبحت من الأمور المتفق عليها في الأوساط الطبية.

٦- أن مصر من الدول التي تخلفت عن ركب التطور التشريعي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، ومنها الكبد إذ لا يوجد بها حتى الآن تشريع ينظم نقل وزراعة الأعضاء- اللهم إلا بعض النصوص الخاصة ببعض الأعضاء كالقرنية والدم- ويضع الضوابط القانونية والطبية التي تحمي جميع الأطراف وتزيل كل شك حول مشروعية هذا العمل.

٧- أن الفقه القانوني اختلف حول مشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية ما بين مؤيد لهذه العمليات استنادًا إلى بعض النصوص القانونية السابق بيانها، وما بين معارض على أساس إعمال مبدأ عصمة الجسد الآدمي، ولكن الراجح هو مشروعية هذه العمليات نظراً لأهميتها القصوى في مجال العمل الطبي وإنقاذ المرضى من الهلاك.

٨- الفقه الإسلامي يُقر مشروعية العمل الجراحي من حيث الجملة، فالتدخل الجراحي بصفة عامة مشروع إذا كان بهدف إنقاذ الشخص من الهلاك ، وبخصوص عملية زراعة الكبد بين الأحياء في الفقه الإسلامي، فهي على الراجح من أقوال الفقهاء تعتبر من جملة العمل المشروع، بشرط أن يكون ذلك تبرعاً، وألا يكون هناك ضرر على المتبرع، وأن تكون حياة المريض في خطر حقيقي حتى يمكن المساس بجسم المتبرع لإنقاذ هذا المريض.

٩- اتفق الفقه القانوني والشرعي على حرمة بيع الأعضاء البشرية، لأنها تتنافى مع كرامة الإنسان، فلا يمكن بأي حال من الأحوال السماح ببيع أعضاء الجسم.

١٠- يشترط لكي تتم عملية نقل وزراعة الكبد بين الأحياء أن يكون هناك رضاء صادر من المتبرع والمريض ، وبالتالي فلابد من الحصول على موافقة صريحة من المريض

بإجراء الجراحة، ومن المتبرع بالموافقة على استئصال جزء من كبده، ولضمان ذلك لابد أن تكون هذه الموافقة مكتوبة.

١١- ثار خلاف كبير بين الأطباء والفقهاء حول مفهوم الموت ، ولكن الرأي الراجح أن موت الدماغ والذي يفقد به الشخص القدرة على الحس، والحركة، ولا يبقى أي أمل في شفائه هو المعيار الأساسي في تحديد لحظة الوفاة، وأن هذا الأمر متروك للأطباء، لأنهم أصحاب الاختصاص.

١٢- حرصت جميع التشريعات في مختلف دول العالم على عدم المساس بالجثة وتكريمها، وذلك من خلال تجريم القوانين الجنائية الاعتداء على جثة المتوفى، لمراعاة مشاعر الأحياء من أقاربه، وكذلك لمراعاة العقائد الدينية التي تحرم هذا المساس، وللفقه الإسلامي نظرة تفوق كل التشريعات في إحترامه لجثة المتوفى، وتحريم جميع أنواع الاعتداء عليه.

١٣- هناك دواعي للمساس بجثة المتوفى منها ما هو طبي للبحث عن أسباب المرض وعلاجه، ومنها ما هو تعليمي بهدف تعليم طلاب كليات الطب، ومنها ما هو جنائي بهدف الكشف عن الجرائم ، وكلها دواعي مشروعة، وتعتبر عمليات زراعة الكبد من ضمن الدواعي الطبية التي تبيح المساس بجثة المتوفى من أجل إنقاذ نفس بشرية من الهلاك، ويرجع أساس الجواز في هذه الحالة لنظرية الضرورة ، التي تبيح إلحاق الضرر اليسير لدفع الضرر الجسيم، تحقيقاً لامتداد المجتمع وبقائه، ولخدمة منفعة الناس والصالح العام.

١٤- إذا كان من الجائز المساس بجسد المتوفى من أجل عملية زراعة الكبد، فلابد أن يتم ذلك بمراعاة عدة ضوابط وهي: موافقة الميت قبل وفاته من خلال الوصية بأعضائه، أو موافقة أهله بعد الوفاة في حالة عدم اعتراضه أثناء حياته، وأن يكون ذلك بدون مقابل مالي.

١٥- اتفق كل من فقهاء القانون المدني والفقه الإسلامي على قيام مسئولية الأطباء والجراحين عند مخالفتهم للأصول العلمية المتعارف عليها عند الأطباء، وإن كانت نظرة الفقه الإسلامي تتسم بنوع من التميز لأن هناك جانب في التزامات الأطباء يتعلق بالأخلاق ومراقبة النفس وعدم الميل إلى الهوى، وكلها أمور معتبرة في الفقه الإسلامي، الذي يمتاز بأنه يضع بجانب الرقابة الخارجية من قبل ولي

الأمر رقابة أخرى داخلية نابعة من داخل الشخص تتمثل في خوفه ومراقبته لله سبحانه وتعالى.

١٦- يلزم لقيام مسئولية الطبيب الجراح عن عملية نقل وزراعة الكبد أن يتوافر في شأنه قيام أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية، والفقه القانوني والشرعي متفق على أن هذه الأركان الثلاثة لازمة وضرورية لقيام مسئولية الطبيب.

١٧- الخطأ هو عبارة عن انحراف من جانب الطبيب عن الحدود المشروعة، وقد يكون ذلك في صورة تعدي (الخطأ الشخصي) أو في صورة مخالفة للمعطيات الطبية والعرف الطبي، أو عن طريق مسئولية غير مباشرة كالخطأ الصادر من أحد أعضاء الفريق الطبي الذي اختارهم الطبيب، ويقع على عاتقه عبء مراقبتهم وتوجيههم، والتي وضع لها الفقهاء مفهوم التسبب.

١٨- يشترط الفقه القانوني والشرعي ضرورة توافر علاقة السببية بين خطأ، أو تعدي الطبيب، وبين الضرر الذي يصيب المريض، كما يتفق الرأي الراجح في الفقه القانوني مع ما يقرره جمهور الفقهاء من ترجيح السبب الأقوى عند تعدد أسباب الضرر المتعاقبة ذات الطبيعة الواحدة.

١٩- ليس ثمة خلاف بين نظرة الفقه الإسلامي والقانون المدني حول اعتبار السبب الأجنبي سبباً في الإعفاء من المسئولية فمتى تحققت حالات السبب الأجنبي من القوة القاهرة، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير ، فإن مسئولية الطبيب لا تنعقد في هذه الحالة نظراً لانقطاع رابطة السببية بين الضرر والخطأ، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى إعفاء الطبيب من المسئولية.

ثانياً : أهم التوصيات

١- سرعة إصدار تشريع عام وشامل لزراعة الأعضاء يتضمن الشروط القانونية والطبية التي تنظم هذه المسالة، وتحديد الأماكن التي يتم من خلالها إجراء هذه العمليات، على أن تكون جميعها تحت إشراف ورقابة وزارة الصحة .

٢- نشر الوعي الطبي بين أفراد المجتمع وعقد ندوات متخصصة حول مسأ[illegible] زراعة الأعضاء، لتشجيع المتبرعين على المشاركة في هذا النوع من الـ[illegible]

من خلال مشاركة أطباء ورجال دين وشخصيات عامة ، لأن معظم الأفراد يجهلون حقيقية عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، وما يمكن أن تمثله من علاج نافع وفعال لإنقاذ الكثير من المرضى.

٣- بالنسبة لزراعة الكبد بين الأحياء فيجب أن يكون هناك تقرير طبي صادر من لجنة معتمدة ومخصصة لهذا الغرض وأن يتضمن هذا التقرير أمران:

أ - أن الشخص المريض الذي يحتاج إلى زراعة الكبد لا يوجد له علاج غير عملية زراعة الكبد، وأن حياته مهددة إذا لم يتم نقل العضو له.

ب- أن الضرر الطبي الذي يصيب المتبرع هو ضرر محدود ، وأنه لا يعجز عن القيام بوظائف الحياة المعتادة ففي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على نقل العضو من المتبرع وقوع المتبرع فريسة للمرض فما فائدة إنقاذ مريض على حساب ضياع شخص صحيح.

٤- يجب أن تتم عملية نقل وزراعة الكبد بين الأحياء من الأقارب حتى الدرجة الرابعة، وذلك منعاً للتلاعب والتجارة في الأعضاء، وأن تشكل لجنة إدارية بالمستشفيات التي يرخص لها إجراء هذه العمليات ، تابعة لوزارة الداخلية تكون مهمتها التأكد من وجود القرابة بين المتبرع والمريض.

٥- يجب أن يكون المتبرع في سن مناسبة لإجراء عملية زراعة الكبد، والأعضاء الأخرى، وبالتالي فلا يجوز نقل عضو من شخص يقل سنه عن ١٨ سنة ، وذلك في غير الحالات التي تتعلق بعلاج الأشقاء أو التوائم، فيجوز العدول عن هذا الشرط ، ولكن لابد من موافقة الوالدين أو أحدهما في حالة غياب الآخر، أو موافقة الوصي الشرعي في حالة غياب الوالدين.

٦- يجب أن يكون التبرع بالعضو بدون مقابل مالي، ولا مانع من تحمل المريض المستفيد تكاليف الجراحة ، وعلاج المتبرع أثناء فترة الجراحة وما بعدها لحين استقرار حالته الصحية، على أن تتكفل الدولة بعد ذلك بجميع مصروفات فحوصات المتبرع، وما يحتاجه بعد العملية، وذلك مساهمة من الدولة في تشجيع الأفراد على التبرع ومسئوليتها عنهم، حتى يعودوا إلى حالتهم الطبيعية ويعاودوا نشاطهم، وقدرتهم على العمل والكسب.

٧- يتم تحديد المستشفيات التي يصرح لها بإجراء هذا النوع من الجراحة على وجه الحصر، بحيث لا يسمح بإجراء هذه العمليات إلا تحت رقابة الدولة، ومن يخالف ذلك يتعرض لجزاء قانوني صارم يصل إلى إلغاء تصريحه، ووقفه عن العمل.

٨- يتعين لمشروعية زراعة الكبد بين الأحياء أن توافق على ذلك لجنة من الأطباء يتولى القانون تحديدها، ولا مانع من وجود رجل دين وقانون من بين أعضائها، تتولى التأكد من موافقة المعطي وعلمه بكافة الأخطار التي تنتج عن عملية الاستئصال، وأنه قد وافق على ذلك طائعاً مختاراً، كما تحيطه علماً بما يجهله ويتم إعداد تقرير بذلك توقعه اللجنة، ويوقع معها المتبرع بالعلم، على ألا يكون من بينها أي من الأطباء القائمين بعملية الزرع.

٩- بالنسبة لنقل الأعضاء من جثة المتوفى فيجب التأكد من توافر عدة أمور قبل اقتطاع الأعضاء من الجثة لزرعها للمرضى المحتاجين إليها وهي:

أ - التأكد من موت الشخص ، بأن يثبت بصفة نهائية أن الشخص قد مات دماغه وتوقفت جميع مظاهر الحياة في جسمه، بموت دماغه وأن ما بقي له من عمل لبعض الأعضاء في الجسم يتم بواسطة الأجهزة الطبية، والتي إذا ما فُصلت توقفت كل أنشطة الجسم عن العمل.

ب- يختص بالتحقق من وفاة الشخص بموت دماغه لجنة طبية مكونة من ثلاثة أطباء ليس من بينهم أي من الأطباء الذين يُعهد إليهم بإجراء عملية زرع الأعضاء، ويتم إعداد تقرير من قبل هذه اللجنة تُحدد فيه ساعة وتاريخ الوفاة، وأنها استوفت جميع الشروط الطبية والشكلية، وتوقع اللجنة بما يفيد ذلك.

ج- يجب التأكد قبل نزع الأعضاء من جثة المتوفى، أنه قد أوصى بأعضائه قبل وفاته، أو بعد الحصول على موافقة أسرته، طالما أنه لم يرفض ذلك قبل الوفاة، وفي جميع الأحوال لابد أن يتم ذلك على نحو رسمي وفقاً لما يحدده القانون.

د - يجب أن يكون نقل الأعضاء من جثة المتوفى بدون أي مقابل مالي، فلا يجوز الاحتفاظ بجثث الموتى بقصد بيع أجزاء منها أو التعامل فيها بأية صورة من صور التعامل.

هـ- لا مانع من إعطاء أقارب المتوفى بعض المزايا ، كتقرير حقهم في أولوية الحصول على أعضاء من متبرعين في حالة احتياجهم -لا قدر الله- لزراعة أعضاء، وذلك كحافز للمتوفى على الإيصاء ببعض أجزائه قبل الوفاة ، أو موافقة الأقارب على التبرع بعض الوفاة.

وفي النهاية أساتذتي الأجلاء هذا بحثي لا أدعي أنني قاربت فيه درجة الكمال، لأن الكمال لله وحده، وأعترف سلفًا بعجزي وقصوري، قال تعالى: ﴿ وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلۡعِلۡمِ إِلَّا قَلِيلٗا ﴾.(الإسراء من الآية ٨٥)

وكل ما أدّعيه، أنني بذلت قصارى جهدي، في سبيل تقديم عمل، أرجو أن يكون نافعًا للمسلمين، فإن كنت قد أصبت الهدف، فهو من فضل الله تعالى، وإن كان غير ذلك، فحسبي أنني أردت الخير، وبذلت في سبيله ما وسعني بالجهد، وإني لأذن واعية لكل ما يبديه أساتذتي من توجيهات وإرشادات، وفي نفس الوقت، أبدي الاعتذار لذوي الفضل والاقتدار وأقول:

قل أن يخلص مصنِّف من الهفوات، أو ينجو مؤلِّف من العثرات، مع عدم تأهلي لذلك، وقصور باعي[1] عن الوصول لما هنالك، ولا يستغرب هذا من الإنسان، خصوصًا وقد قيل: إن الإنسان محل النسيان.

أتضرع إلى المولى سبحانه وتعالى، وأسأله من فضله الكبير، أن يمحو من صحائفنا ما زَل به البَنَان[2]، أو أخل به البيان[3] وأن يتقبل منا ما سطرنا، وأن يجعله حجة لنا

---

(١) الباع: مسافة ما بين الكفين إذا بسطتهما، وقيل : هو قدر مد اليدين وما بينهما من البدن، وقيل هو السعة في المكارم ونحوها، يقال: رجل طويل الباع وقصيره في الكرم، وقد قصر باعُه عن ذلك لم يَسَعْهُ كله، وطويل الباع في كذا، معناه: بلغ الغاية فيه، والقول الأخير هو المراد هنا، وقد ضرب مثلا للذي سقطت طاقته دون بلوغ الأمر، والاقتدار عليه، ووجه التمثيل بذلك أن القصير الباع إذا مده ليتناول الشيء الذي يتناوله من طال باعه، تقاصر عنه، وعجز عن تعاطيه.
ينظر: لسان العرب لابن منظور، جـ٨، صـ٢١ ، مادة بوع، المعجم الوسيط، جـ١، صـ٧٩.

(٢) البَنَان: قيل هي الأصابع، وقيل : أطرافها، وقيل : الأصابع وغيرها من جميع الأعضاء، وقيل : جميع أعضاء البدن، وقيل غير ذلك.
والبنان: واحدتها بنانة، وسميت بذلك، لأنها مشتقة من قولهم : أبَنَّ بالمكان إذا استقر به، والبنان بها صلاح الأحوال التي يستقر بها الإنسان، حيث يعمل بها ما يكون للإقامة والحياة.
ينظر: لسان العرب لابن منظور، جـ٣، صـ٥٨ مادة بنن، والمعجم الوسيط، جـ١، صـ٧٤ مادة بَنَّ.

(٣) البيان : الحجة، والمنطق الفصيح، والكلام يكشف عن حقيقة حال أو يحمل في طياته بلاغًا.

#

لا حجة علينا، وأن يجعل هذا العمل خالصًا لوجهه الكريم، وسببًا للفوز بجنات النعيم، إنه نعم المولى ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الباحث

ينظر: المعجم الوسيط، جـ١، صـ٨٢، ٨٣، مادة بان.

(ملحق رقم ١)

لائحـــة آداب مهنة الطب

الصادرة بقرارمعالى / وزير الصحة والسكان

رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣ بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٠٣م

بعد العرض و الموافقة من الجمعية العمومية

المنعقدة فى ٢١/٣/٢٠٠٣م

ومؤتمر النقابات الفرعية لأطباء مصر

فى الفترة من ٤ – ٦/٧/٢٠٠٣م

مقدمـــة

إدراكاً من النقابة العامة لأطباء مصر بأن مهنة الطب مهنة إنسانية و أخلاقية و تقوم أساساً على العلم و تحتم على من يمارسها أن يكون ملماً بها و مدرباً تدريباً كافياً على ممارستها و أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف و الأحوال، و تأكيداً على أن كل عمل طبي يستهدف مصلحة المريض المطلقة و أن تكون له ضرورة تبرره، و إيماناً بأن الرعاية الصحية هي أحد حقوق الإنسان الأساسية التي يعمل المجتمع على الوفاء بها تجاه جميع أبناءه، وبناءً على قراري مجلس النقابة والجمعية العمومية لأطباء مصر صدرت هذه اللائحة بقرار رقم ٢٣٨ من السيد الأستاذ الدكتور / وزير الصحة و السكان لسنة ٢٠٠٣ تعديلاً للائحة السابقة الصادرة عام ١٩٧٤م.

الباب الأول: قسم الأطباء

مادة (١): يجب على كل طبيب قبل مزاولته المهنة أن يؤدى القسم التالي أمام نقيب الأطباء أو من ينوب عنه:

"اقسم بالله العظيم أن أراقب الله في مهنتي، وأن أصون حياة الإنسان في كافة أدوارها في كل الظروف والأحوال باذلا وسعى في استنقاذها من

الهلاك والمرض والألم والقلق، وأن احفظ للناس كرامتهم واستر عورتهم واكتم سرهم، وأن أكون على الدوام من وسائل رحمة الله باذلا رعايتي الطبية للقريب والبعيد، للصالح والخاطئ والصديق والعدو، وان أثابر على طلب العلم أسخره لنفع الإنسان لا لآذاه، وان أوقر من علمني واعلم من يصغرني، وأكون أخا لكل زميل في المهنة الطبية متعاونين على البر والتقوى، وان تكون حياتي مضداق إيمانى فى سرى وعلانيتى نقية مما يشينها تجاه الله ورسله والمؤمنين، والله على ما أقول شهيد".

الباب الثانى: واجبات الطبيب

أولاً: واجبات الطبيب نحو المجتمع:

مادة (٢): يلتزم الطبيب في موقع عمله الوظيفي أو الخاص بأن يكون عمله خالصاً لمرضاة الله وخدمة المجتمع الذي يعيش فيه بكل إمكانياته وطاقاته في ظروف السلم والحرب وفي جميع الأحوال.

مادة (٣): على الطبيب أن يكون قدوة حسنة في المجتمع بالالتزام بالمبادئ والمثل العليا، أميناً على حقوق المواطنين في الحصول على الرعاية الصحية الواجبة، منزهاً عن الاستغلال بجميع صوره لمرضاه أو زملائه أو تلاميذه.

مادة (٤): على الطبيب أن يسهم في دراسة سبل حل المشكلات الصحية للمجتمع وأن يدعم دور النقابة في دعم و تطوير السياسة الصحية والارتقاء بها للصالح العام وأن يكون متعاوناً مع أجهزة الدولة المعنية فيما يطلب من بيانات لازمة لوضع السياسات والخطط الصحية.

مادة (٥): على الطبيب أن يبلغ السلطات الصحية المختصة عند الاشتباه فى مرض وبائى حتى تتخذ الإجراءات الوقائية لحماية المجتمع.

ثانياً : واجبات الطبيب نحو المهنة:

مادة (٦): على الطبيب أن يراعى الأمانة والدقة في جميع تصرفاته وأن يلتزم السلوك القويم وأن يحافظ على كرامته وكرامة المهنة مما يشينها وفقاً لما ورد في قسم الأطباء وفى لائحة آداب المهنة.

مادة (٧): لا يجوز للطبيب أن يحرر تقريراً طبياً أو يدلى بشهادة بعيداً عن تخصصه أو مخالفة للواقع الذي توصل إليه من خلال فحصه الشخصي للمريض.

مادة (٨): لا يجوز للطبيب أن يأتى عملاً من الأعمال الآتية:

أ ـ الاستعانة بالوسطاء في مزاولة المهنة سواء كان ذلك بأجر أو بدون أجر.

ب ـ السماح باستعمال اسمه في ترويج الأدوية أو العقاقير أو مختلف أنواع العلاج أو لأي أغراض تجارية على أي صورة من الصور.

ج ـ طلب أو قبول مكافأة أو أجر من أي نوع كان نظير التعهد أو القيام بوصف أدوية أو أجهزة معينة للمرضى أو إرسالهم إلى مستشفى أو نصح علاجي أو دور للتمريض أو صيدلية أو أي مكان محدد لإجراء الفحوص والتحاليل الطبية أو لبيع المستلزمات أو المعدات الطبية.

د ـ القيام بإجراء استشارات طبية فى محال تجارية أو ملحقاتها مما هو معد لبيع الأدوية أو الأجهزة أو التجهيزات الطبية سواء كان ذلك بالمجان أو نظير مرتب أو مكافأة.

هـ ـ القيام باستشارات طبية من خلال شركات الاتصالات.

و ـ القيام ببيع أى أدوية أو وصفات أو أجهزة أو مستلزمات طبية فى عيادته ـ أو أثناء ممارسته للمهنة ـ بغرض الإتجار.

ز ـ أن يتقاسم أجره مع أي من زملائه إلا إذا أشترك معه في العلاج فعلاً. أو أن عمل وسيطاً لطبيب آخر أو مستشفى بأى صورة من الصور.

مادة (٩): لا يجوز للطبيب تطبيق طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها بالأسلوب العلمي والأخلاقي السليم ونشرت في المجلات

الطبية المعتمدة وثبتت صلاحيتها وتم الترخيص بها من الجهات الصحية المختصة. كما لا يجوز له أيضا أن ينسب لنفسه دون وجه حق أي كشف علمي أو يدعى انفراده به.

مادة (١٠): لا يجوز للطبيب أن يقوم بالدعاية لنفسه على أية صورة من الصور سواء كان ذلك بطريق النشر أو الإذاعة المسموعة أو المرئية أو عبر وسائل الانترنت أو أي طريقة أخرى من طرق الإعلان.

مادة (١١): يجوز للطبيب عند فتح عيادة أو نقلها أن يعلن عن ذلك بالصحف في حدود ثلاث مرات كما يجوز له إذا غاب عن عيادته أكثر من أسبوعين أن ينشر إعلانين أحدهما قبل غيابه والثاني بعد عودته.

مادة (١٢): يجب على الطبيب أن يلتزم في اللافتة والمطبوعات والتذاكر الطبية وما في حكمها بالتشريعات و القوانين و اللوائح المنظمة لذلك.

مادة (١٣): لا يجوز للطبيب أن يستغل وظيفته بقصد تحقيق منفعة شخصية أو الحصول على كسب مادي من المريض، كما لا يجوز له أن يتقاضى من المريض أجراً عن عمل يدخل فى اختصاص وظيفته الأصلية التى يؤجر عليها.

مادة (١٤): على الطبيب أن يغتنم كل مناسبة للقيام بالتثقيف الصحي لمريضه وتعريفه بأنماط الحياة الصحية وأن يحرص على التعلم والتدريب الطبي بشكل دائم ومستمر وأن يحافظ على كفاءته العلمية والمهارية المؤهلة لمارسة المهنة.

مادة (١٥): لا يجوز للطبيب الجزم بتشخيص مرض أو التوصية بعلاج من خلال بيانات شفهية أو كتابية أو مرئية دون مناظرة المريض وفحصه شخصياً.

مادة (١٦): يجوز للطبيب الاشتراك في حلقات تبادل الرأي العلمي التي يكون أطرافها أطباء متخصصين كما يجوز له المشاركة في نقل معلومات طبية من زميل لآخر سواء كانت كتابة أو عبر وسائل الاتصال الأخرى.

مادة (١٧): إذا تم الاتصال أو الاستشارة بين طبيب وطبيب آخر بخصوص أى علاج أو تشخيص لمريض تكون المسئولية الكاملة على الطبيب الذى يباشر المريض فى العلاج والتشخيص.

مادة (١٨): يجب على الطبيب التنحى عن إبداء أى نصح أو رأى طبي أو علمي كتابة أو شفاهه عند مناقشة أمر ينبني عليه مصلحة شخصية أو يعود عليه بنفع مادى خارج إطار ممارسته للمهنة الطبية.

مادة (١٩): عند مخاطبة الجمهور فى الموضوعات الطبيةعبر وسائل الإعلام يلتزم الطبيب بالقواعد الآتية:

أ- تجنب ذكر مكان عمله و طرق الإتصال به والإشادة بخبراته أو إنجازاته العلمية، ويكتفى فقط بذكر صفته المهنية ومجال تخصصه.

ب- أن تكون المخاطبة باسلوب مبسط يلائم المستمع أو المشاهد غير المتخصص.

ج - تجنب ذكر الآراء العلمية غير المؤكدة أو غير المقطوع بصحتها، أو تناول الموضوعات المختلف عليها والتى يكون مناقشتها فقط في الجلسات العلمية الخاصة غير الموجهة للعامة.

ثالثاً: واجبات الطبيب نحو المرضى

مادة (٢٠): على الطبيب أن يبذل كل ما فى وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم وأن يحسن معاملتهم وأن يساوى بينهم في الرعاية دون تمييز.

مادة (٢١): على الطبيب أن يوفر لمريضه المعلومات المتعلقة بحالته المرضية بطريقة مبسطة ومفهومة.

و يجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم إطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة وفى هذه الحالة عليه أن ينهى إلى أهل المريض بطريقة إنسانية لائقة خطورة المرض وعواقبه الخطيرة إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم اطلاع أحد على حالته أو حدد أشخاصاً معينين لإطلاعهم عليها ولم تكن هناك خطورة على من حوله.

مادة (٢٢): على الطبيب أن يلتزم بحدود مهاراته المهنية و أن يستعين بخبرة من هم أكفأ منه من الأطباء في مناظرة وعلاج مريضه عند اللزوم.

مادة (٢٣): على الطبيب أن يراعى ما يلى:

أ - عدم المغالاة فى تقدير أتعابه و أن يقدر حالة المريض المالية والاجتماعية.

ب - أن يلتزم بالأدوية الضرورية مع مراعاة أن تكون الأولوية للدواء الوطنى والأقل سعراً بشرط الفاعلية والأمان.

جـ - أن يقتصر على طلب التحاليل المعملية أو وسائل التشخيص الضرورية.

مادة (٢٤): فى الحالات غير العاجلة يجوز للطبيب الاعتذار عن علاج أى مريض ابتداءً أو فى أى مرحلة لأسباب شخصية أو متعلقة بالمهنة، اما في الحالات العاجلة فلا يجوز للطبيب الاعتذار.

مادة (٢٥): لا يجوز للطبيب المتخصص رفض علاج مريض اذا استدعاه لذلك الطبيب الممارس العام ولم يتيسر وجود متخصص غيره.

مادة (٢٦): إذا ما كف طبيب عن علاج أحد مرضاه لأي سبب من الأسباب فيجب عليه أن يدلى للطبيب الذي يحل محله بالمعلومات الصحيحة التي يعتقد أنها لازمة لاستمرار العلاج كتابة أو شفاهة.

مادة (٢٧): على الطبيب أن ينبه المريض ومرافقيه إلى اتخاذ أسباب الوقاية ويرشدهم إليها ويحذرهم مما يمكن أن يترتب على عدم مراعاتها، ويجوز له طلب توقيعهم على إقرار كتابي منهم بمعرفتهم بذلك في بعض الحالات التى تستدعى ذلك.

مادة (٢٨): لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانوناً إذا لم يكن المريض أهلاً لذلك، ويعتبر ذهاب المريض إلى الطبيب فى مكان عمله موافقة ضمنية على ذلك، وفي حالات التدخل الجراحى أو شبه الجراحى يلزم الحصول على موافقة (مبنية على المعرفة) من المريض أو من ينوب عنه قانونا كتابة الا في دواعى انقاذ الحياة.

وعلى الطبيب الذى يدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعي في حالة خطرة أن يبذل ما في متناول يديه لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على الموافقة (المبنية على المعرفة) من وليه أو الوصي أو

القيم عليه. كما يجب عليه ألا يتنحى عن علاجه إلا إذا زال الخطر أو إذا عهد بالمريض الى طبيب آخر.

مادة (٢٩): لا يجوز للطبيب إجراء عملية الإجهاض إلا لدواعي طبية تهدد صحة الأم ويكون ذلك بشهادة كتابية من طبيبين متخصصين، وفى الحالات العاجلة التى تتم فيها العملية لدواعى إنقاذ الحياة يجب على الطبيب المعالج تحرير تقرير مفصل عن الحالة يرفق بتذكرة العلاج .

مادة (٣٠): لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التى اطلع عليها بحكم مهنته إلا إذا كان ذلك بناء على قرار قضائى أو في حالة إمكان وقوع ضرر جسيم ومتيقن يصيب الغير أو فى الحالات الأخرى يحددها القانون.

مادة (٣١): لا يجوز للطبيب استغلال صلته بالمريض وعائلته لأغراض تتنافى مع كرامة المهنة.

مادة (٣٢): إذا توفى المريض داخل المنشأة الطبية الخاصة يقوم الطبيب المسئول بإبلاغ الجهات المختصة باعتباره مبلغاً عن الوفاة.

مادة (٣٣): يجب على الطبيب إبلاغ الجهات المختصة عن الإصابات و الحوادث ذات الشبهة الجنائية مثل حالات الإصابة بأعيرة نارية أو جروح نافذة أو قطعية أو غيرها مع كتابة تقرير طبى مفصل عن الحالة وقت عرضها عليه ويمكن للطبيب دعوة زميل آخر للمشاركة فى مناظرة الحالة وكتابة التقرير.

مادة (٣٤): للطبيب ابلاغ النيابة العامة عن أى اعتداء يقع عليه بسبب أداء مهنته وفى ذات الوقت عليه ابلاغ نقابته الفرعية في أقرب فرصة حتى يمكن لها التدخل فى الأمر متضامنة مع الطبيب.

مادة (٣٥): على الطبيب المكلف بالرعاية الطبية للمقيدة حريتهم أن يوفر لهم رعاية صحية من نفس النوعية والمستوى المتاحين لغير المقيدة حريتهم. ويحظر عليه القيام بطريقة إيجابية أو سلبية بأية أفعال تشكل مشاركة فى عمليات التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو التواطؤ أو التحريض على هذه الأفعال، وكذلك يحظر عليه استخدام معلوماته ومهاراته المهنية للمساعدة فى استجواب المقيدة حريتهم على نحو يضر بالصحة أو

الحالة البدنية أو العقلية لهم، أو المشاركة في أي إجراء لتقييد حركة المقيد حريتهم إلا إذا تقرر ذلك وفقاً لمعايير طبية محضة لحماية الصحة البدنية أو العقلية للمقيدة حريتهم.

مادة (٣٦): يحظر على الطبيب إهدار الحياة بدعوى الشفقة أو الرحمة.

رابعاً: واجبات الطبيب نحو الزملاء

مادة (٣٧): على الطبيب تسوية أى خلاف قد ينشأ بينه وبين أحد زملائه بسبب المهنة بالطرق الودية فاذا لم يسو الخلاف يبلغ الأمر الى مجلس النقابة الفرعية المختصة للفصل فيه بقرار يصدر من مجلس النقابة الفرعية ، وفى حالة تظلم أحد الطرفين من القرار يعرض الأمر على مجلس النقابة العامة.

مادة (٣٨): لا يجوز للطبيب أن يسعى لمزاحمة زميل له بطريقة غير كريمة في أى عمل متعلق بالمهنة أو علاج مريض.

مادة (٣٩): لا يجوز للطبيب أن يقلل من قدرات زملائه واذا كان هناك ما يستدعى انتقاد زميل له مهنياً فيكون ذلك أمام لجنة علمية محايدة.

مادة (٤٠): اذا حل طبيب محل زميل له في عيادته بصفة مؤقتة، فعليه ألا يحاول استغلال هذا الوضع لصالحه الشخصى كما يجب علية إبلاغ المريض قبل بدء الفحص بصفته وأنه يحل محل الطبيب صاحب العيادة بصفة مؤقتة.

مادة (٤١): إذا دعى طبيب لعيادة مريض يتولى علاجه طبيب آخر استحالت دعوته فعليه أن يترك إتمام العلاج لزميله بمجرد عودته وأن يبلغه بما أتخذه من إجراءات ما لم ير المريض أو أهله استمراره في العلاج.

مادة (٤٢): فى حالة اشتراك أكثر من طبيب فى علاج مريض:

أ ـ لا يجوز للطبيب فحص أو علاج مريض يعالجه زميل له في مستشفى الا اذا استدعاه لذلك الطبيب المعالج أو ادارة المستشفى.

ب ـ يجوز للمريض أو أهله دعوة طبيب آخر أو أكثر على سبيل الاستشارة بعد إعلام الطبيب المعالج ويجوز للطبيب الاعتذار عن استمرار علاج ا لحالة اذا أصر المريض أو أهله على استشارة من لا يقبله بدون إبداء الأسباب.

ج - إذا رفض الطبيب المعالج القيام بعلاج المريض وفقا لما قرره الأطباء المستشارون فيجوز له أن ينسحب تاركا مباشرة علاجه لأحد هؤلاء الأطباء المستشارين.

الباب الثالث
التدخلات الطبية ذات الطبيعة الخاصة

أولاً: إجراء تصحيح الجنس

مادة (٤٣): يحظر على الطبيب إجراء عمليات تغيير الجنس أما بالنسبة لعمليات تصحيح الجنس فانه يشترط موافقة اللجنة المختصة بالنقابة وتتم عمليات التصحيح بعد إجراء التحليلات الهرمونية وفحص الخريطة الكروموزومية وبعد قضاء فترة العلاج النفسى والهرمونى المصاحب لمدة لا تقل عن عامين.

ثانياً: عمليات الإخصاب المساعد:

مادة (٤٤): تخضع عمليات الإخصاب المساعد لبويضة الزوجة من نطفة الزوج داخل جسم الزوجة أو خارجه (تقنيات الإخصاب المعملى أو الحقن المجهرى) للضوابط الأخلاقية التى تستهدف المحافظة على النسل البشرى وعلاج العقم ، مع الحرص على نقاء الأنساب وعلى المعايير القانونية الصادرة من الجهات المختصة.

مادة (٤٥): لا يجوز إجراء عمليات الإخصاب المساعد داخل أو خارج جسم الزوجة إلا باستخدام نطفة زوجها حال قيام العلاقة الزوجية الشرعية بينهما.

كما لا يجوز نقل بويضات مخصبة لزرعها في أرحام نساء غير الأمهات الشرعيات لهذه البويضات.

مادة (٤٦): لا يجوز إنشاء بنوك للبويضات أو الحيوانات المنوية أو الأجنة .

مادة (٤٧): لا يرخص بممارسة عمليات الإخصاب المساعد إلا في المراكز المجهزة والمرخص لها بممارسة تلك العمليات.

مادة (٤٨): يلزم أن يحتفظ المركز بسجل مفصل عن كل حالة به كافة البيانات على حدة لمدة لا تقل عن عشر سنوات، ويلزم أن يحتوى الملف على العقد والإقرار من الزوجين.

ثالثاً: عمليات استئصال ونقل الأعضاء والأنسجة البشرية

مادة (٤٩): تخضع عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية للمعايير الأخلاقية والضوابط المنصوص عليها فى التشريعات و اللوائح المنظمة لذلك.

مادة (٥٠): على الطبيب قبل اجراء عمليات نقل أعضاء وفقاً للتشريعات المنظمة لذلك أن يبصر المتبرع بالعواقب الطبية والأخطار التى قد يتعرض لها نتيجة لعملية النقل وأخذ الإقرارات اللازمة التى تفيد علمه بكافة العواقب فى هذا الشأن قبل إجراء العملية.

مادة (٥١): يحظر الاتجار فى الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية والجينات البشرية ولا يجوز بأى حال من الأحوال للطبيب المشاركة فى هذه العمليات وإلا تعرض للمساءلة التأديبية.

الباب الرابع
إجراء التجارب والبحوث الطبية على الآدميين

أولاً: أحكــام عامــة

مادة (٥٢): يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الاجتماعية والدينية التى تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على الآدميين.

مادة (٥٣): يحظر على الطبيب إجراء أية تجارب للأدوية والتقنيات على الآدميين قبل إقرارها من الجهات المختصة.

ثانياً: إجراءات يجب اتخاذها قبل إجراء أي بحث على آدميين

مادة (٥٤): بمراعاة أحكام المادتين السابقتين يلتزم الطبيب الباحث قبل إجراء أى بحث طبى على الآدميين أن تتوافر لديه دراسة وافية عن المخاطر والأعباء التى يتعرض لها الفرد أو الجماعة ومقارنتها بالفوائد المتوقع الحصول عليها من البحث ويقتصر إجراء هذه البحوث على المتخصصين المؤهلين علمياً لإجراء البحث تحت إشراف مباشر لطبيب على درجة عالية من الكفاءة والتخصص وتقع مسئولية الحماية الصحية للمتطوعين لإجراء البحث على الطبيب المشرف عليه.

مادة (٥٥): يلتزم الباحث بتعريف المتطوعين تعريفاً كاملاً وبطريقة واضحة بأهداف البحث والطرق البحثية التي ستستخدم في البحث والفوائد المتوقعة منه والمخاطر المحتمل حدوثها ومدى إمكانية تأثيرها على المتطوعين كما يلزم تعريف المتطوعين بمصادر تمويل البحث وهوية الباحث المسئول وانتمائه المؤسسي ، وتأكيد حق المتطوع في التوقف عن تطوعه لإجراء التجارب والاختبارات أو الانسحاب الكامل من البحث دون أن يلحق به أية عواقب سلبية نتيجة توقفه أو انسحابه.

مادة (٥٦): يلتزم الطبيب الباحث بالحصول على موافقة كتابية (مبنية على المعرفة) من المتطوع على إجراء البحث عليه ، وأن يتم الحصول على هذه الموافقة بطريقة رسمية وفى حضور شهود إثبات وفي حالة ما إذا كان المتطوع قاصراً أو معاقاً أو ناقصاً للأهلية فإنه يلزم الحصول على الموافقة من الوصي الرسمي أو القيم ، ويشترط أن يكون البحث خاصاً بحالته المرضية.

مادة (٥٧): يلتزم الباحث بإعداد تقرير مفصل وواضح عن أهداف البحث ومبررات إجراؤه على الآدميين ويقدم هذا التقرير إلى الجهة المختصة للحصول على موافقتها على إجراء البحث.

ثالثاً: إجراءات يلزم اتخاذها أثناء وبعد إجراء البحث على آدميين

مادة (٥٨): يلتزم الباحث بالتوقف فوراً عن إكمال أي تجارب على الآدميين إذا ما ثبت أن المخاطر المصاحبة تفوق الفوائد المتوقعة من البحث كما يلزم ضمان حماية

خصوصية الأفراد وسرية النتائج والحفاظ عليها والحد من الآثار السلبية على سلامة المتطوعين الجسدية والعقلية والنفسية.

مادة (٥٩): يلتزم الباحث بالتأكد من توافر كافة الوسائل الوقائية والتشخيصية والعلاجية لكل مريض لإجراء الدراسة.

مادة (٦٠): يحظر على الباحث إجراء البحوث والممارسات التي تنطوي على شبهة اختلاط الأنساب أو المشاركة فيها بأية صورة ، كما يحظر عليه إجراء أو المشاركة فى البحوث الطبية التي تهدف إلى استنساخ الكائن البشرى أو المشاركة فيها.

مادة (٦١): يلتزم الطبيب بأخذ التعهد المطلوب من الجهة الممولة للبحث بأن توفر الدواء – الذى يتم تجربته على المرضى وتثبت فعاليته– إلى نهاية برنامج العلاج دون مقابل.

ملحق رقم (٢)
القانون رقم (٣١)
بتاريخ ١٩٧٢/٨/٢٣
قانون نقل وغرس أعضاء جسم الإنسان
(القانون السوري)

مادة (١): يجوز لرؤساء الأقسام في المشافي والمؤسسات الطبية التي تحددها وزارة الصحة بنقل أي عضو ما وأحشاء أو جزء منها كالعين والكلية ... وغرسه أو تصنيعه لمريض آخر يحتاج إليه.

مادة (٢): يمكن نقل الأعضاء وغرسها من حي إلى حي في الحالتين التاليتين:

١- في حالة كون النسيج أو العضو منقولاً من وإلى نفس الجسم الذي يتلقاه ويتم ذلك وفقًا لتقدير الجراح المعالج.

٢- في حالة كون النسيج أو العضو منقولاً من جسم إلى آخر وفقًا للشروط التالية:

أ - أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة حتى لو كان ذلك بموافقة المتبرع.

ب- أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع لتقرير ما إذا كان نقل عضو من جسمه لا يشكل خطرًا على حياته.

ج- أن لا يتم نقل العضو من المتبرع إلا بعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة حرة غير مشوبة شريطة أن يكون المتبرع متمتعًا بكامل أهليته.

د- أن لا يتم النقل من متبرع قاصر إلا إذا كان المستفيد والمتبرع أخوين توأمين ويشترط في هذه الحالة موافقة الأبوين في حال وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي.

هـ- أن تقوم لجنة طبية مؤلفة من ثلاثة أطباء اختصاصيين غير الأطباء الذين سيقومون بعملية الغرس بتقرير مدى حاجة المستفيد لعملية النقل.

و – أن لا يتم تنازل المتبرع عن أحد أعضائه أو جزء منه لقاء بدل مادي أو بغاية الربح وعلى أن يكون له الحق بالعلاج في مشافي الدولة على نفقتها.

مادة (٣): يجوز نقل الأعضاء أو الأحشاء أو جزء منها من ميت بغية غرسها لمريض بحاجة إليها وذلك في إحدى الحالات التالية:

١– وصية المتوفي بإجراء ذلك.

٢– سماح عائلة المتوفي.

٣– إذا كان الموت نتيجة الإعدام.

٤– عدم وجود من يطالب بجثة المتوفي.

٥– حالة فتح الجثة.

أ – إذا رأى الأطباء من رؤساء الأقسام في المشافي والمؤسسات الطبية المحددة من وزارة الصحة أن المنفعة العامة تقضي فتح جثة شخص ما جاز لهم ذلك إذا لم يقع اعتراض صريح وخطي من الشخص قبل وفاته أو من أقربائه الذين لا تتجاوز قرابتهم الدرجة الثالثة.

ب – لا يعتد باعتراض الأقرباء إذا كان فتح الجثة للضرورات العلمية أو للتأكد من الإصابة بمرض وبائي.

مادة (٤): يجب ألا يؤدي نقل الأعضاء إلى إحداث تشويه ظاهر أو تغيير في ملامح جثة المتوفي.

مادة (٥): لا يجوز فتح الجثة ولا نقل الأعضاء منها إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير أصولي من لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء وفقاً للتعليمات التي مصدرها وزارة الصحة.

مادة (٦): يجب أن يكون الفريق الطبي الذي يقرر الوفاة هو غير الفريق الطبي الذي يقوم بعملية النقل والغرس.

مادة (٧): تكون عملية النقل والغرس والإقامة في المشافي والعلاج مجانية لمواطني الجمهورية العربية السورية.

مادة (٨): لا يجوز إجراء عملية النقل والغرس على المريض المستفيد قبل الحصول على موافقة خطية وصريحة منه أو من وليه الشرعي إذا كان قاصرًا أو من عائلته في حالة كونه غير قادر على الإفصاح عن إرادته.

مادة (٩): تصدر وزارة الصحة تعريفة أجور عمليات نقل وغرس الأعضاء بالنسبة لغير العرب السوريين كما تصدر القرارات والتعليمات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

مادة (١٠): يعمل بأحكام هذا القانون خلافًا لأي نص نافذ.

مادة (١١): ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره.

(نشر في الجريدة الرسمية عدد ٣٦ تاريخ ١٩٧٢/٩/١٢)

تابع ملحق رقم (٢)

قانون رقم (٤٣)

تاريخ ٢٠/١٢/١٩٨٦م

تعديل قانون فحص وغرس الأعضاء في جسم الإنسان

(القانون السوري).

مادة (١): يعدل البند رقم (٢، ٥) من الفقرة "ب" من المادة الثانية من القانون رقم (٣١) تاريخ ٢٣/٨/١٩٧٢ ويستعاض عنهما بالنص التالي:

"أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع والمستفيد لتقرير ما إذا كان نقل عضو من جسم المتبرع لا يشكل خطرًا على حياته ومدى حاجة المستفيد لعملية النقل".

مادة (٢): يعدل البند رقم (٥) من المادة الثالثة من القانون رقم (٣١) تاريخ ٢٣/٨/١٩٧٢ ويستعاض عنه بالنص التالي:

"حالة فتح الجثة لأسباب علمية أو للمنفعة العامة أو لضرورة تشريح الجثة بغية تحديد أسباب الوفاة إذا رأى رؤساء الأقسام في المشافي أو المؤسسات الصحية ضرورة لذلك".

مادة (٣): ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره.

(نشر في الجريدة الرسمية رقم (٥١) تاريخ ٣١/١٢/١٩٨٦ صفحة ١٩٦٥)

ملحق رقم (٣)

القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣م المنظم لعملية زراعة الكلى (الكويت)

بعد الإطلاع على المادتين ١٥ و ١٦ من الدستور وافق مجلس الأمة على القانون الآتي نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه.

مادة (١): لا يجوز إجراء عمليات زراعة الكلى للمرضى إلا بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

مادة (٢): يكون الحصول على الكلى اللازمة لإجراء هذه العمليات من المصادر الآتية:

أ – الكلى التي يتبرع بها أصحابها حال حياتهم أو يوصون بها بعد وفاتهم.

ب– كلى الموتى في الحوادث.

مادة (٣): يشترط في الحالات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة السابقة الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي، وفي جميع الأحوال يشترط ألا يقل سن المتبرع أو الموصي عن ثماني عشرة سنة ميلادية.

وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرة (ب) يجب الموافقة على استئصال الكلية من أقرب الأفراد الموجودين من أسرة المتوفى.

مادة (٤): يتم إجراء عمليات زراعة الكلى في المراكز الطبية التى تخصصها وزارة الصحة العامة لهذا الغرض ووفق الإجراءات والشروط التي سيصدر بها قرار من وزير الصحة العامة.

مادة (٥): مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب كل مخالف لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة آلاف دينار كويتي أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مادة (٦): يصدر وزير الصحة العامة القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

مادة (٧): على الوزراء –كل فيما يخصه– تنفيذ هذا القانون، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

تابع ملحــق رقــم (٣)

مرسوم بالقانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٧م

في شأن زراعة الأعضاء (القانون الكويتي)

مادة (١): يجوز إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفي وزرعها في جسم شخص حي آخر بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة للمحافظة على حياته وذلك وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

مادة (٢): للشخص كامل الأهلية قانونًا أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه أو أكثر من عضو ويكون التبرع أو الوصية بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

مادة (٣): لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي ولو كان ذلك بموافقته إذا كان استئصال هذا العضو يفضي إلى موت صاحبه أو فيه تعطيل له عن واجب.

مادة (٤): يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المترتبة على استئصال العضو المتبرع به وتتم الإحاطة كتابة من قبل فريق طبي مختص وذلك بعد إجراء فحص شامل.

ويجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه دون قيد أو شرط.

مادة (٥): يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفي بموافقة من وجد حال وفاته من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي ويكون ذلك بمراعاة ما يلي:

أ - التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم طبيب اختصاصي في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية.

ب - ألا يكون الشخص المتوفي قد اعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه وذلك بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

مادة (٦): مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة يجوز بناء على توصية لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل نقل عضو من جثة متوفي لزرعه في جسم حي في حاجة ضرورية لهذا العضو لإنقاذ حياته وذلك بعد موافقة وزير الصحة العامة.

مادة (٧): لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها بأي وسيلة أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقاً للقانون.

مادة (٨): يتم إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة العامة لهذا الغرض وفق الإجراءات والشروط التي يصدر بها قرار من وزير الصحة العامة.

مادة (٩): يحدد وزير الصحة العامة بقرار منه الشروط والمواصفات الواجب توافرها في الأماكن التي تخصص لحفظ الأعضاء وتنظيم الاستفادة منها.

مادة (١٠): مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارت المنفذة له بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة آلاف دينار أو بأحد هاتين العقوبتين وتضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ الحكم النهائي في الجريمة الأولى.

مادة (١١): يصدر وزير الصحة العامة القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

مادة (١٢): يلغى القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٢ والقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣ المشار إليهما ويستمر العمل بالقرارات الصادرة تنفيذاً لهما إلى أن يصدر القرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون. وذلك فيما لا يتعارض مع أحكامه.

مادة (١٣): على الوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

٢٠ ديسمبر ١٩٨٧م

ملحق رقم (٤)

مرسوم اشتراعي رقم (١٠٩)

صادر بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ (ج.ر. عدد ٤٥)

أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية (لبنان)

إن رئيس الجمهورية بناء على الدستور، بناء على القانون رقم ٨٢/٢٦ تاريخ ١٩٨٢/١١/١٧ (منح الحكومة حق إصدار مراسيم اشتراعية)، بناء على القانون رقم ٨٣/١٠ تاريخ ١٩٨٣/٥/٢١ (تمديد العمل بأحكام القانون رقم ٨٢/٢٦ تاريخ ١٩٨٢/١١/١٧)، وبعد استشارة مجلس شورى الدولة، بناء على اقتراح وزير الصحة العامة، وبعد موافقة مجلس الوزراء بتاريخ ١٩٨٣/٩/٧، يرسم ما يأتي:

المادة (١): يسمح بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسم أحد الأحياء لمعالجة مرض أو جروح شخص آخر وفقًا للشروط التالية مجتمعة:

أولاً: أن يكون الواهب قد أتم الثامنة عشرة من عمره.

ثانيًا: أن يعاين من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية والذي ينبهه إلى نتائج العملية وأخطارها ومحاذيرها ويتأكد من فهمه لكل ذلك.

ثالثًا: أن يوافق الواهب خطيًا وبملء حريته على إجراء العملية.

رابعًا: أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة.

لا يجوز إجراء العملية لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك أو في حال احتمال تهديد صحته بخطر جدي من جرائها.

المادة (٢): يمكن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسد شخص ميت أو نقل ميتًا إلى مستشفى أو مركز طبي لمعالجة مرض أو جروح شخص آخر أو لغاية علمية وذلك عند توافر أحد الشروط التالية:

أولاً: أن يكون المتوفي قد أوصى بذلك بموجب وصية منظمة حسب الأصول أو بأي وثيقة خطية أخرى ثابتة.

ثانيًا: أن تكون عائلة المتوفي قد وافقت على ذلك. تتم الموافقة باسم العائلة حسب الأولويات التالية:

الزوج أو الزوجة وبحال عدم وجودهما الولد الأكبر سنًا وبحال غيابه الأصغر فالأصغر وبحال عدم وجود الأولاد الأب والأم بحال عدم وجوده.

في حال عدم وجود أي شخص من الأشخاص المذكورين في الفقرة (أ) أعلاه يجوز للطبيب رئيس القسم في المستشفى أن يعطي الموافقة ولا تؤخذ معارضة الأقارب من غير المذكورين أعلاه بعين الاعتبار.

المادة (٣): يشترط في عمليات نقل وزرع الأنسجة أو الأعضاء موافقة المستفيد من العملية المسبقة والخطية.

المادة (٤): يجوز فتح الجثة لغاية علمية ويجوز أثناء عملية فتح الجثة أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسد الميت أو من نقل ميتًا إلى مستشفى أو مركز طبي وفقًا للشروط المحددة في المادة الثانية أعلاه.

المادة (٥): إذا كانت جثة المتوفي موضوع تحقيق قضائي لا يجوز أن تؤخذ منها أنسجة وأعضاء بشرية إلا بموافقة القضاء.

المادة (٦): تحدد بمراسيم بناء على اقتراح وزير الصحة العامة أصول وقواعد أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من الأحياء والأموات والأسس المعتمدة علميًا لإثبات الوفاة وتشريح الجثث والمستشفيات التي يحق لها إجراء العمليات ونوعها وذلك بعد أخذ رأي لجنة من الأطباء الاختصاصيين.

المادة (٧): كل من يقدم على أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية دون مراعاة الشروط المذكورة في هذا المرسوم الاشتراعي يتعرض لعقوبة الحبس من شهر حتى سنة ولغرامة من ألف حتى عشرة آلاف ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين.

المادة (٨): تلغى كل النصوص المخالفة لأحكام هذا المنشور الاشتراعي أو غير المؤتلفة مع مضمونه.

المادة (٩): يعمل بهذا المرسوم الاشتراعي فور نشره في الجريدة الرسمية.

بعبدا في ١٦ أيلول سنة ١٩٨٣

الإمضاء: أمين الجميل

صدر عن رئيس الجمهورية

رئيس مجلس الوزراء

الإمضاء: شفيق الوزان

وزير الصحة العامة

الإمضاء: عدنان مروه

تابع ملحق رقم (٤)

المادة (٣٠): من قانون الآداب الطبية
رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٩٤م
(لبنان)

١- يمكن إجراء استئصال عضو لإنسان بالغ حي متمتع بكامل قواه العقلية في سبيل إجراء عملية زرع ذات هدف علاجي وذلك بعد موافقة الواهب الخطية الحرة والصريحة وبحضور شاهد وبعد أن تشرح له نتائج هذا الاستئصال.

٢- لا يجوز حث متبرع على التبرع بعضو يؤثر على حياته.

٣- يمكن إجراء استئصال أعضاء من أجساد متوفين شرط أن يكونوا قد أوصوا بذلك أو بعد موافقة عائلاتهم ولأهداف علاجية أو علمية.

٤- تمنع المتاجرة بالأعضاء البشرية منعًا باتًا.

٥- لا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أو الحمل بواسطة تقنيات الخصوبة المساعدة إلا بين الزوجين وبموافقتهما الخطية.

ملحق رقم (٥)
قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان
رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ (مؤقت)
(القانون الأردني)

مادة (١): يسمى هذا القانون قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان لسنة ١٩٧٧ ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

مادة (٢): يكون للألفاظ والعبارات الواردة في هذا القانون المعاني المحددة أدناه إلا إذا دلت القرينة على غير ذلك.

الطبيب الاختصاصي: هو الطبيب المعترف به اختصاصيًا بمقتضى القوانين والأنظمة المعمول بها.

المستشفى: أي مستشفى مرخص في المملكة الأردنية الهاشمية.

العضو: أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه.

نقل العضو: نزعه أو إزالته من جسم إنسان حي أو ميت حسب مقتضى الحال وتصنيعه أو غرسه في جسم إنسان حي آخر.

مادة (٣): لا يجوز إجراء عمليات نقل الأعضاء إلا في مستشفى يوافق عليه وزير الصحة.

مادة (٤): أ- للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات نقل العضو من إنسان حي إلى آخر بحاجة إليه وفقًا للشروط التالية:

١- أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي لوفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقة.

٢- أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع وتقرير أن نقل العضو من جسمه لا يشكل خطرًا على حياته.

٣- أن يوافق المتبرع خطيًا وهو بكامل إرادته وأهليته على نقل العضو من جسمه وذلك قبل إجراء عملية النقل.

ب - لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح.

مادة (٥): للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو في أي من الحالات التالية:

أ - إذا كان المتوفي قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية.

ب- إذا وافق أحد أبوي المتوفي في حالة وجودهما على النقل أو وافق عليه الولي الشرعي في حالة عدم وجود الأبوين.

ج- إذا كان المتوفي مجهول الهوية ولم يطالب أحد بجثته خلال ٢٤ ساعة بعد الوفاة على أن يتم النقل في هذه الحالة بموافقة المدعي العام.

مادة (٦): للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة فتح جثة المتوفي ونزع أي من أعضائها إذا تبين أن هناك ضرورة علمية لذلك على أن يكون المتوفي قد وافق على ذلك خطيًا بصورة قانونية صحيحة قبل وفاته أو بموافقة وليه الشرعي بعد الوفاة.

مادة (٧): لا يجوز أن يؤدي نقل العضو في أية حالة من الحالات إلى إحداث تشويه ظاهر في جثة المتوفي.

مادة (٨): لا يجوز فتح الجثة لأي غرض من الأغراض المنصوص عليها في هذا القانون إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي ويشترط في ذلك أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة هو غير الطبيب الاختصاصي الذي يقوم بعملية النقل.

مادة (٩): تلغى أحكام أي قانون أو تشريع آخر إلى المدى الذي تتعارض فيه مع أحكام هذا القانون.

مادة (١٠): لمجلس الوزراء إصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

مادة (١١): رئيس الوزراء والوزراء المختصون مكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون.

تابع ملحق رقم (٥)

قانون مؤقت رقم (١٧) لسنة ١٩٨٠م

قانون معدل لقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان

(الأردن)

مادة (١): يسمى هذا القانون قانون معدل لقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان لسنة ١٩٨٠ ويقرأ مع القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ المشار إليه فيما بعد بالقانون الأصلي كقانون واحد ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

مادة (٢): يلغى نص المادة (٤) من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي:

أ – للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات المعتمدة من الوزير نقل العضو من إنسان حي إلى آخر بحاجة إليه وفقًا للشروط التالية:

١- أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي لوفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقته.

٢- أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاث أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع للتأكد من أن نقل العضو من جسمه لا يشكل خطرًا على حياته وتقديم تقرير بذلك.

٣- أن يوافق المتبرع خطيًا وهو بكامل إرادته وأهليته على نقل العضو من جسمه وذلك قبل إجراء عملية النقل.

ب- إذا قرر الطبيب الشرعي تشريح جثة المتوفي لأغراض قانونية لمعرفة سبب الوفاة أو لاكتشاف جريمة فإنه يسمح له بنزع القرينة منها وذلك وفقًا للشروط التالية:

١- أن لا يؤثر نزعها على معرفة سبب الوفاة ولو بعد حين.

٢- أن تؤخذ موافقة ولي أمر المتوفي خطيًا ودون إكراه.

ج- لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح.

مادة (٣): يلغى نص المادة (٧) من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي:

"لا يجوز أن يؤدي نقل العضو في أية حالة من الحالات إلى إحداث تشويه ظاهر في الجثة يكون فيها امتهان لحرمة المتوفي".

١٩٨٠/٧/٢٠م

تابع ملحق رقم (٥)

قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان وتعديلاته

رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧م

المنشور على الصفحة ١٣٢٠ من عدد الجريدة الرسمية

رقم ٢٧٠٣ تاريخ ١/٦/١٩٧٧م

أصبح قانونًا دائميًا بموجب الإعلان المنشور على الصفحة ٨٠٥

من عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٣٢١ تاريخ ١/٦/١٩٨٥م (الأردن)

المادة (١): يسمى هذا القانون (قانون الانتفاع) بأعضاء جسم الإنسان لسنة ١٩٧٧م ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

المادة (٢): يكون للألفاظ والعبارات الواردة في هذا القانون المعاني المحدد أدناه إلا إذا دلت القرينة على غير ذلك:

الوزير: وزير الصحة.

الطبيب الاختصاصي: هو الطبيب المعترف به اختصاصيًا بمقتضى القوانين والأنظمة المعمول بها.

المستشفى: أي مستشفى مرخص في المملكة الأردنية الهاشمية.

العضو: أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه.

نقل العضو: نزعه أو إزالته من جسم إنسان حي أو ميت حسب مقتضى الحال وتصنيعه أو غرسه في جسم إنسان حي آخر.

هكذا أصبحت هذه المادة بعد إضافة تعريف (الوزير) إلى أولها بموجب القانون المعدل رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٠م.

المادة (٣): أ- يشترط في إجراء عمليات نقل الأعضاء وزراعتها ما يلي:

١- الالتزام بالفتاوى الصادرة عن مجلس الإفتاء الأردني بهذا الشأن وبخاصة ما يتعلق منها بالموت الدماغي.

٢- أن يتم النقل في مستشفى تتوافر فيه الشروط والمتطلبات الفنية اللازمة لنقل الأعضاء وزراعتها من قبل فريق من الأطباء والفنين المختصين.

٣- إجراء جميع الفحوصات والتحاليل المخبرية اللازمة لهذه العمليات لمعرفة الحالة الصحية لكل من المتبرع والمريض الذي سينقل له العضو للتأكد من أن حالة المتبرع تسمح بذلك كما أن حالة المريض تستدعي ذلك.

ب- يصدر مجلس الوزراء بناء على تسيب الوزير التعليمات المتعلقة بالأمور التالية ويتم نشرها في الجريدة الرسمية:

١- الشروط والمتطلبات الفنية اللازم توافرها في المستشفى الذي تجرى فيه عملية نقل الأعضاء وزراعتها.

٢- مستوى الخبرة الواجب توافرها في أعضاء الفريق من أطباء وفنيين الذين يقومون بإجراء عملية نقل الأعضاء وزراعتها والإشراف عليها.

٣- الفحوصات والتحاليل اللازمة.

٤- المواصفات الفنية الواجب توافرها في الأماكن المخصصة لحفظ الأعضاء وتنظيم الإفادة منها.

- هكذا أصبحت هذه المادة بعد إلغاء نصها السابق والاستعاضة عنه بالنص الحالي بموجب القانون المعدل رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٠ حيث كان نصها السابق كما يلي:

المادة (٤): أ- للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات المعتمدة من الوزير نقل العضو من إنسان حي إلى آخر بحاجة إليه وفقًا للشروط التالية:

١- أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي لوفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقته.

٢- أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع للتأكد من أن نقل العضو من جسمه لا يشكل خطرًا على حياته، وتقديم تقرير بذلك.

٣- أن يوافق المتبرع خطيًا وهو بكامل إرادته وأهليته على نقل العضو من جسمه وذلك قبل إجراء عملية النقل.

ب- إذا قرر الطبيب الشرعي تشريح جثة المتوفي لأغراض قانونية لمعرفة سبب الوفاة أو لاكتشاف جريمة فإنه يسمح له بنزع القرنية منها وذلك وفقًا للشروط التالية:

١- أن لا يؤثر نزعها على معرفة سبب الوفاة ولو بعد حين.

٢- أن تؤخذ موافقة ولي أمر المتوفي خطيًا ودون إكراه.

ج- لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح.

- هكذا أصبحت هذه المادة بعد إلغاء نصها السابق والاستعاضة عنه بالنص الحالي بموجب القانون المعدل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٠ حيث كان نصها السابق كما يلي:

- للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات نقل العضو من إنسان حي إلى آخر بحاجة إليه وفقًا للشروط التالية:

١- أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي لوفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقته.

٢- أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع وتقرير أن نقل العضو من جسمه لا يشكل خطرًا على حياته.

٣- أن يوافق المتبرع خطيًا وهو بكامل إرادته وأهليته على نقل العضو من جسمه وذلك قبل إجراء عملية النقل.

٤- لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح.

المادة (٥): للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو من جسم إنسان ميت إلى جسم إنسان آخر حي يكون بحاجة لذلك العضو في أي من الحالات التالية:

أ - إذا كان المتوفي قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية.

ب - إذا وافق أحد أبوي المتوفي في حالة وجودهما على النقل أو وافق عليه الولي الشرعي في حالة عدم وجود الأبوين.

ج- إذا كان المتوفي مجهول الهوية ولم يطالب أحد بجثته خلال (٤٢) ساعة بعد الوفاة على أن يتم النقل في هذه الحالة بموافقة المدعي العام.

المادة (٦): للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة فتح جثة المتوفي ونزع أي من أعضائها إذا تبين أن هناك ضرورة علمية لذلك على أن يكون المتوفي قد وافق على ذلك خطيًا بصورة قانونية صحيحة قبل وفاته أو بموافقة وليه الشرعي بعد الوفاة.

المادة (٧): لا يجوز أن يؤدي نقل العضو في أية حالة من الحالات إلى إحداث تشويه ظاهر في الجثة يكون في امتهان لحرمة المتوفي.

هكذا أصبحت هذه المادة بعد إلغاء نصها السابق والاستعاضة عنه بالنص الحالي بموجب القانون المعدل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٠ حيث كان نصها السابق كما يلي:

"لا يجوز أن يؤدي نقل العضو في أية حالة من الحالات إلى إحداث تشويه ظاهر في جثة المتوفي".

المادة (٨): لا يجوز فتح الجثة لأي غرض من الأغراض المنصوص عليها في هذا القانون إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي ويشترط في ذلك أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة هو غير الطبيب الاختصاصي الذي يقوم بعملية النقل.

المادة (٩): أ- يتم التحقق من حالة الموت الدماغي لغاية نقل الأعضاء وزراعتها من قبل لجنة تشكل في المستشفى الذي يتم فيه نقل الأعضاء أو زراعتها من ثلاثة أطباء في التخصصات التالية على الأقل على أن يكون من بينهم الطبيب المنفذ للعملية:

١- اختصاصي جراحة الأعصاب.

٢- اختصاصي تخدير.

ب-تعد اللجنة تقريرًا مفصلاً بهذه الحالة وفق الأصول ويكون قرارها بالإجماع ومعللاً وتعتبر ساعة وفاة الشخص هي ساعة توقيع الأعضاء على التقرير.

ج - يشارك في اللجنة المذكورة في الفقرة "أ" من هذه المادة طبيب شرعي ينتدبه الوزير.

د - تدعو اللجنة المدعي العام المختص للمشاركة في اجتماعاتها في الحالات التي تستوجب ذلك وعليه أن يضع تقريرًا مفصلاً بما تتوصل إليه اللجنة.

أضيفت هذه المادة برقم (٩) بموجب القانون المعدل رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٠.

المادة (١٠): دون الإخلال بأي عقوبة ورد النص عليها في أي تشريع آخر يعاقب كل من ارتكب مخالفة لأحكام هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين.

أضيفت هذه المادة برقم (١٠) بموجب القانون المعدل رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٠م.

المادة (١١): تلغى أحكام أي قانون أو تشريع آخر إلى المدى الذي تتعارض فيه مع أحكام هذا القانون.

أعيد ترقيم المواد من ٩ — ١١ لتصبح من ١١ — ١٣ على التوالي بموجب القانون المعدل رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٠م.

المادة (١٢): لمجلس الوزراء إصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

المادة (١٣): رئيس الوزراء والوزراء المختصين مكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون.

٢٤/٤/١٩٧٧م

تابع ملحق رقم (٥)

تعليمات نقل أعضاء جسم الإنسان لسنة ١٩٩٩م (الأردن)

المنشورة على الصفحة ١٦٥١ من عدد الجريدة الرسمية

رقم ٤٣٤٦ تاريخ ١٩٩٩/٥/٢م

الصادرة بموجب قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان

رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧م وتعديلاته

المادة (١): أولاً: التجهيزات

١- ضرورة توفر الأجهزة والمعدات وغرف العمليات في المستشفيات التي تقوم بعمليات زراعة الأعضاء كما هو متعارف عليه عالميًا.

٢- وجود (I.C.U) وغرفة إنعاش.

٣- وجود غرفة لعزل المريض المزروع له وفيها كافة المستلزمات.

٤- ثلاثة لحفظ الدم ومشتقاته.

المادة (٢): ثانيًا: الكوادر الطبية:

يجب توفر الكوادر الطبية التالية في المستشفيات التي تجري عمليات نقل الأعضاء وحسب العضو المنقول:

١- الكلى:

وجود الفريق الفني من أطباء في نفس الاختصاص وفنيين مؤهلين ولديهم الخبرة في حقل الاختصاص على النحو التالي:

- اختصاصي أمراض كلى عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في أمراض زراعة الكلى معترف به من المجلس الطبي الأردني.
- اختصاصي جراحة مسالك بولية عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل ٣ سنوات في أمراض وجراحة المسالك البولية وزراعة الكلى معترف به من المجلس الأردني.

- اختصاصي جراحة شرايين عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في حقل اختصاصه معترف به من المجلس الطبي الأردني لديه خبرة في زراعة الكلى.
- اختصاصي تخدير عدد (٢) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٥ سنوات معترف به من قبل المجلس الطبي الأردني في حقل اختصاصه.
- اختصاصي معالجة حكمية عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في حقل اختصاصه.
- ممرضات قانونيات بعدد لا يقل عن (٣) ممرضات بخبرة عمل في المعالجة الحثيثة والعمليات لا تقل عن ٣ سنوات لتغطية العمل على مدار ٤٢ ساعة.

٢- القرنيات:

- اختصاصي أمراض وجراحة عيون عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في التخصص على أن يكون معترف به من المجلس الطبي الأردني.
- اختصاصي تخدير عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٥ سنوات.
- ممرضات قانونيات بعدد لا يقل عن (٣) بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في عمليات العيون لتغطية العمل على مدار ٢٤ ساعة.

٣- القلب:

- اختصاصي جراحة قلب وأوعية دموية عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في جراحة القلب وزراعته.
- اختصاصي جراحة شرايين عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي أمراض قلب وأوعية دموية عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- ممرضات قانونيات عدد لا يقل عن ٣ ممرضات بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في عمليات القلب لتغطية العمل على مدار ٢٤ ساعة.

- اختصاصي تخدير عدد (٢) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٥ سنوات.
- اختصاصي باطني عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي معالجة حكمية عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.

٤- الرئتين:

- اختصاصي جراحة قلب أوعية دموية عدد (١) بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في جراحة وزراعة القلب.
- اختصاصي جراحة شرايين عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في جراحة وزراعة القلب.
- اختصاصي أمراض قلب وأوعية دموية عدد (١) على الأقل وبخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي تخدير عدد (٢) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٥ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي معالجة حكمية عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي جراحة صدر عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- ممرضات قانونيات عدد لا يقل عن ٣ ممرضات وبخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في عمليات القلب لتغطية العمل على مدار ٢٤ ساعة.

٥- النخاع العظمي:

- اختصاصي أمراض دم وأورام عدد (١) على الأقل بخبرة ٣ سنوات في زراعة النخاع العظمي.

- اختصاصي باطني أو اختصاصي أمراض خمجية بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات على الأقل لأي منهما في اختصاصهما.
- ممرض قانوني عدد (٢) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات مؤهل في معالجة أمراض الدم.
- اختصاصي تخدير عدد (٢) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٥ سنوات في اختصاصه.
- ممرضات قانونيات عدد (٣) بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في عمليات زراعة النخاع العظمي لتغطية العمل على مدار ٢٤ ساعة.
- اختصاصي معالجة حكمية عدد (١) على الأقل بخبرة ٣ سنوات في اختصاصه.
- فني معالجة حكمية عدد (١) على الأقل بخبرة ٣ سنوات في اختصاصه.

٦- الكبد والبنكرياس:

- اختصاصي جراحة عامة عدد (١) على الأقل خبرة لا تقل عن ٣ سنوات في زراعة الكبد والبنكرياس.
- اختصاصي تخدير عدد (٢) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٥ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي باطني عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي غدد صماء عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي جهاز هضمي عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- اختصاصي جراحة أوعية دموية عدد (١) على الأقل بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات في اختصاصه.
- ممرضات قانونيات عدد لا يقل عن (٣) بخبرة لا تقل عن ٣ سنوات لتغطية العمل على مدار ٢٤ ساعة.

المادة (٣): في حال غياب الاختصاصي الأصيل لأي من الاختصاصات المذكورة في ثانيًا أعلاه يجب أن يغطي العمل مكانه طبيب آخر من نفس الاختصاص وحسب الشروط المذكورة في هذه التعليمات.

المادة (٤): يتم وضع تعليمات خاصة في حال إجراء عمليات زراعة مستقبلاً لأي من الأعضاء التي لم يرد ذكرها في هذه التعليمات.

المادة (٥): على المستشفى الذي يقوم بعمليات زراعة نقل الأعضاء ضرورة توفير الخدمة المخبرية اللازمة للمريض الذي تجرى له العملية قبل وبعد عمَلية الزراعة.

المادة (٦): على المستشفى توفير قسم أشعة مجهز تجهيزًا حديثًا على أن يشمل أجهزة الأشعة التالية:

- جهاز تلوين الشرايين (Angiogratmm).
- جهاز دوبلر ألتراساوند (Doppler Altrasound).
- جهاز CT.Scan أو MRI.

المادة (٧): الشروط الواجب توافرها في المتبرع بالعضو المراد نقله:

١- أن لا يقل عمر المتبرع عن ١٨ سنة وأن لا يزيد عن ٦٥ سنة إلا إذا كان تقرير الأطباء والاختصاصيين بموجب المادة (٤) من قانون الانتفاع بعكس ذلك لمن يزيد عمره عن ٦٥ عامًا.

٢- أن يكون المتبرع خاليًا من الأمراض التالية:
- السرطان بأنواعه.
- التدرن النشيط.
- التهاب الكبد الفيروسي بأنواعه.
- الإيدز (HIV).

٣- أن يكون المتبرع غير مصاب بمرض نفسي أو عقلي.

٤- أن يكون المتبرع خاليًا من إعاقة جسدية لها تأثيرات سلبية على وضعه النفسي.

٥- أن تكون نتيجة فحص الأجسام الضدية للمتبرع سلبية.

ملحق رقـم (٦)
قرارات مجمع الفقه الإسلامي الطبية
ذات الصلة بموضوع زراعة الكبد
قـرار رقـم: ١٧ (٣/٥)
بشـأن أجهـزة الإنعـاش[١]

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨-١٣ صفر ١٤٠٧هـ /١١ — ١٦ تشرين الأول (أكتوبر) ١٩٨٦م.

بعد تداوله في سائر النواحي التي أثيرت حول موضوع أجهزة الإنعاش واستماعه إلى شرح مستفيض من الأطباء المختصين، قرر ما يلي:

يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء، كالقلب مثلاً، لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة.

والله أعلم

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، صـ ٥٢٣.

قرار رقم: ٢٦ (٤/١)
بشأن
انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً[1]

إنَّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ صفر ١٤٠٨هـ الموافق٦-١١ شباط (فبراير)١٩٨٨م.

بعد إطلاعه على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً.

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أنَّ هذا الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي، وظهرت نتائجه الإيجابية المفيدة والمشوبة في كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والاجتماعية الناجمة عن ممارسته من دون الضوابط والقيود الشرعية التي تصان بها كرامة الإنسان ، مع إعمال مقاصد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير ومصلحة غالبة للفرد والجماعة ، والداعية إلى التعاون والتراحم والإيثار ،

وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها محل البحث وتنضبط تقسيماته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعاً لها ،

قرر ما يلي:

من حيث التعريف والتقسيم:

أولاً: يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان ، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين. سواء أكان متصلاً به، أم انفصل عنه.

ثانياً: الانتفاع الذي هو محل البحث ، هو استفادة دعت إليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة ، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه.على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعاً.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، صـ ٨٩.

ثالثاً: تنقسم صور الانتفاع هذه إلى الأقسام التالية:

١- نقل العضو من حي.

٢- نقل العضو من ميت.

٣- النقل من الأجنة.

الصورة الأولى: وهي نقل العضو من حي ، تشمل الحالات التالية:

أ - نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه ، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها.

ب- نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر.وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه.

أما ما تتوقف عليه الحياة ، فقد يكون فردياً ، وقد يكون غير فردي ، فالأول كالقلب والكبد ، والثاني كالكلية والرئتين.

وأما ما لا تتوقف عليه الحياة ، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم ومنه مالا يقوم بها.

ومنه ما يتجدد تلقائياً كالدم ، ومنه ما لا يتجدد ، ومنه ما له تأثير على الأنساب والموروثات ، والشخصية العامة ، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي ، ومنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك.

الصورة الثانية: وهي نقل العضو من ميت:

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

- الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبياً.

- الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبياً.فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة.

الصورة الثالثة: وهي النقل من الأجنة ، وتتم الاستفادة منها في ثلاث حالات:

- حالة الأجنة التي تسقط تلقائياً.

- حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي.

- حالة اللقائح المستنبتة خارج الرحم ".

من حيث الأحكام الشرعية:

أولاً: يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه ، مع مراعاة التأكد من أنَّ النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها ، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهود له ، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً.

ثانياً: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر ، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً ، كالدم والجلد ، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية ، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثاً: تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر ، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعاً: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامساً: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العين كلتيهما ، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادساً: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو ، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك.بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعاً: وينبغي ملاحظة: أنَّ الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها ، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو.إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامناً: كل ما عدا الحالات والصور المذكورة ، مما يدخل في أصل الموضوع ، فهو محل بحث ونظر ، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة ، على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.

والله أعلم

قرار رقم: ٥٤ (٦/٥)
بشــأن
زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي[١]

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧–٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤–٢٠ آزار (مارس) ١٩٩٠م.

بعد إطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من ٢٣ – ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠ هـ الموافق ٢٣–٢٦/١٠/١٩٩٠م بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

وفي ضوء ما انتهت إليه الندوة المشار إليها من أنه لا يقصد من ذلك نقل مخ إنسان إلى إنسان آخر، وإنما الغرض من هذه الزراعة علاج قصور خلايا معينة في المخ عن إفراز مادتها الكيمائية أو الهرمونية بالقدر السوي فتودع في موطنها خلايا مثيلة من مصدر آخر ، أو علاج فجوة في الجهاز العصبي نتيجة بعض الإصابات ، قرر ما يلي:

أولاً: إذا كان المصدر للحصول على الأنسجة هو الغدة الكظرية للمريض نفسه ، وفيه ميزة القبول المناعي ، لأن الخلايا من الجسم نفسه ، فلا بأس من ذلك شرعاً.

ثانياً: إذا كان المصدر هو أخذها من جنين حيواني ، فلا مانع هذه الطريقة إن أمكن نجاحها ولم يترتب على ذلك محاذير شرعية.وقد ذكر الأطباء أن هذه الطريقة نجحت بين فصائل مختلفة من الحيوان ، ومن المأمول نجاحها باتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة لتفادي الرفض المناعي.

ثالثاً: إذا كان المصدر للحصول على الأنسجة هو خلايا حية من مخ جنين باكر – في الأسبوع العاشر أو الحادي عشر – فيختلف الحكم على النحو التالي:

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، صـ ١٧٣٩.

أ – الطريقة الأولى: أخذها مباشرة من الجنين الإنساني في بطن أمه بفتح الرحم جراحياً ، وتستتبع هذه الطريقة إماتة الجنين بمجرد أخذ الخلايا من مخه ، ويحرم ذلك شرعاً إلا إذا كان بعد إجهاض طبعي غير متعمد أو إجهاض مشروع لإنقاذ حياة الأم وتحقق موت الجنين ، مع مراعاة الشروط التي سترد في موضوع الاستفادة من الأجنة في القرار رقم ٥٩ (٦/٨) لهذه الدورة.

ب– الطريقة الثانية: وهي طريقة قد يحملها المستقبل القريب في طياته باستزراع خلايا في المخ في مزارع للإفادة منها ولا بأس في ذلك شرعاً إذا كان المصدر للخلايا المستزرعة مشروعاً ، وتم الحصول عليها على الوجه المشروع.

رابعاً: المولود اللادماغي: طالما ولد حياً ، لا يجوز التعرض له بأخذ شيء من أعضائه إلى أن يتحقق موته بموت جذع دماغه ، ولا فرق بينه وبين غيره من الأسوياء في هذا الموضوع ، فإذا مات فإن الأخذ من أعضائه تراعى فيه الأحكام والشروط المعتبرة في نقل أعضاء الموتى من الإذن المعتبر ، وعدم وجود البديل وتحقق الضرورة وغيرها ، مما تضمنه القرار رقم ٢٦(٤/١) من قرارات الدورة الرابعة لهذا المجمع. ولا مانع شرعاً من إبقاء هذا المولود اللادماغي على أجهزة اللإنعاش إلى ما بعد موت جذع المخ — والذي يمكن تشخيصه — للمحافظة على حيوية الأعضاء الصالحة للنقل ، توطئة للاستفادة منها بنقلها إلى غيره بالشروط المشار إليها.

والله أعلم

قرار رقم: ٥٦ (٦/٧)
بشأن
استخدام الأجنة مصدراً لزراعة الأعضاء[1]

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آزار (مارس) ١٩٩٠م.

بعد إطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من ٢٣ — ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠ هـ الموافق ٢٣-٢٦/١٠/١٩٩٠م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

قرر ما يلي:

أولاً: لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لا بد من توافرها:

أ – لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر ، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعذر الشرعي ، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم.

ب – إذا كان الجنين قابلاً لاستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها ، لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء ، وإذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم ٢٦ (٤/١) لهذا المجمع.

ثانياً: لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.

ثالثاً: لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة.

والله أعلم

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، ص ١٧٩١.

قرار رقم: ٥٧ (٦/٨)
بشــأن
زراعة الأعضاء التناسلية[1]

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آزار (مارس) ١٩٩٠م.

بعد إطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من ٢٣ — ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠ هـ الموافق ٢٣-٢٦/١٠/١٩٩٠م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية،

قرر ما يلي:

أولاً: زرع الغدد التناسلية:

بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلقٍّ جديد ، فإن زرعهما محرم شرعاً.

ثانياً: زرع أعضاء الجهاز التناسلي:

زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية — ما عدا العورات المغلظة — جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم ٢٦ (٤/١) لهذا المجمع.

والله أعلم

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، صـ ١٩٧٥.

قرار رقم: ٥٨ (٦/٩)
بشـــأن
زراعة عضو استؤصل في حد أو قصاص[1]

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠آزار (مارس)١٩٩٠م.

بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع زراعة عضو استؤصل في حد أو قصاص ، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله وبمراعاة مقاصد الشريعة من تطبيق الحد في الزجر والردع والنكال ، وإبقاء للمراد من العقوبة بدوام أثرها للعبرة والعظة وقطع دابر الجريمة ، ونظراً إلى أن إعادة العضو المقطوع تتطلب الفورية في عرف الطب الحديث ، فلا يكون ذلك إلا بتواطؤ وإعداد طبي خاص ينبيء عن التهاون في جدية إقامة الحد وفاعليته ،

قرر ما يلي:

أولاً: لا يجوز شرعاً إعـادة العـضو المقطـوع تنفيـذاً للحـد لأن في بقـاء أثـر الحـد تحقيقاً كاملاً للعقوبة المقررة شرعاً ، ومنعاً للتهاون في استيفائها ، وتفاديـاً لمصادمة حكم الشرع في الظاهر.

ثانياً: بما أن القصاص قد شرع لإقامة العدل وإنصاف المجني علية ، وصون حق الحياة للمجتمع ، وتوفير الأمن والاستقرار ، فإنـه لا يجـوز إعـادة عـضو استؤصل تنفيذا للقصاص ، إلا في الحالات التالية:

أ — أن يأذن المجني عليه بعد تنفيذ القصاص بإعادة العضو المقطوع من الجاني.

ب — أن يكون المجني عليه قد تمكن من إعادة عضوه المقطوع منه.

ثالثاً: يجوز إعادة العضو الذي استؤصل في حد أو قصاص بسبب خطأ في الحكم أو في التنفيذ.

والله أعلم

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، صـ ٢١٦١.

قرار رقم: ٦٧ (٧/٥)
بشــأن
العـلاج الطبـي[1]

إنَّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ — ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢ م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع العلاج الطبي ، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: التداوي

الأصل في حكم التداوي أنه مشروع، لما ورد في شأنه في القرآن الكريم والسنة القولية والفعلية، ولما فيه من "حفظ النفس" الذي هو أحد المقاصد الكلية من التشريع.

وتختلف أحكام التداوي باختلاف الأحوال والأشخاص:

- فيكون واجباً على الشخص إذا كان تركه يفضي إلى تلف نفسه أو أحد أعضائه أو عجزه، أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره كالأمراض المعدية.
- ويكون مندوباً إذا كان تركه يؤدي إلى ضعف البدن ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى.
- ويكون مباحاً إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين.
- ويكون مكروهاً إذا كان بفعل يخاف منه حدوث مضاعفات أشد من العلة المراد إزالتها.

ثانياً: علاج الحالات الميؤوس منها:

أ- مما تقتضيه عقيدة المسلم أن المرض والشفاء بيد الله عز وجل، وأن التداوي والعلاج أخذٌ بالأسباب التي أودعها الله تعالى في الكون وأنه لا يجوز اليأس من روح الله أو القنوط من رحمته، بل ينبغي بقاء الأمل في الشفاء بإذن الله.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثالث، صـ٥٦٣.

وعلى الأطباء وذوي المرضى تقوية معنويات المريض، والدأب في رعايته وتخفيف آلامه النفسية والبدنية بصرف النظر عن توقع الشفاء أو عدمه.

ب- إن ما يعتبر حالة ميؤوساً من علاجها هو بحسب تقدير الأطباء وإمكانات الطب المتاحة في كل زمان ومكان وتبعاً لظروف المرضى.

ثالثاً: إذن المريض:

أ- يشترط إذن المريض للعلاج إذا كان تام الأهلية، فإن كان عديم الأهلية أو ناقصها اعتبر إذن وليه حسب ترتيب الولاية الشرعية ووفقاً لأحكامها التي تحصر تصرف الولي فيما فيه منفعة المَوْلِيّ عليه ومصلحته ورفع الأذى عنه.

على أن لا يُعتدّ بتصرف الولي في عدم الإذن إذا كان واضح الضرر بالمَوْلِيّ عليه، وينتقل الحق إلى غيره من الأولياء ثم إلى ولي الأمر.

ب- لولي الأمر الإلزام بالتداوي في بعض الأحوال، كالأمراض المعدية والتحصينات الوقائية.

ج- في حالات الإسعاف التي تتعرض فيها حياة المصاب للخطر لا يتوقف العلاج على الإذن.

د - لابد في إجراء الأبحاث الطبية من موافقة الشخص التام الأهلية بصورة خالية من شائبة الإكراه - كالمساجين - أو الإغراء المادي - كالمساكين - ويجب أن لا يترتب على إجراء تلك الأبحاث ضرر.

ولا يجوز إجراء الأبحاث الطبية على عديمي الأهلية أو ناقصيها ولو بموافقة الأولياء.

والله الموفق

قرار رقم: ٧٩ (٨/١٠)
بشأن
السر في المهن الطبية[1]

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيري بيجوان، بروناي دار السلام من ١- ٧ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١- ٢٧ حزيران (يونيو) ١٩٩٣م.

بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع السر في المهن الطبية ، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ، قرر ما يلي:

أولاً: السر هو ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانه، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس.

ثانياً: السر أمانة لدى من استودع حفظه، التزاماً بما جاءت به الشريعة الإسلامية وهو ما تقضي به المروءة وآداب التعامل.

ثالثاً: الأصل حظر إفشاء السر وإفشاؤه بدون مقتضٍ معتبر موجب للمؤاخذة شرعاً.

رابعاً: يتأكد واجب حفظ السر على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أصل المهنة بالخلل، كالمهن الطبية، إذ يركن إلى هؤلاء ذوو الحاجة إلى محض النصح وتقديم العون فيفضون إليهم بكل ما يساعد على حسن أداء هذه المهام الحيوية، ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيرهم حتى الأقربين إليه.

خامساً: تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانه إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانه، وهذه الحالات على ضربين:

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، صـ ١٥.

أ- حالات يجب فيها إفشاء السر بناءً على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه.

وهذه الحالات نوعان:

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.
- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.

ب- حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه:

- جلب مصلحة للمجتمع.
- أو درء مفسدة عامة.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

سادساً: الاستثناءات بشأن مَوَاطن وجوب الإفشاء أو جوزاه ينبغي أن يُنص عليها في نظام مزاولة المهن الطبية وغيره من الأنظمة، مُوَضّحةً ومنصوصاً عليها على سبيل الحصر، مع تفصيل كيفية الإفشاء، ولمن يكون، وتقوم الجهات المسؤولة بتوعية الكافة بهذه المواطن.

ويوصي بما يلي:

دعوة نقابات المهن الطبية ووزارات الصحة وكليات العلوم الصحية بإدراج هذا الموضوع ضمن برامج الكليات والاهتمام به وتوعية العاملين في هذا المجال بهذا الموضوع.ووضع المقررات المتعلقة به، مع الاستفادة من الأبحاث المقدمة في هذا الموضوع.

والله الموفق

فهرسُ المصادرِ والمراجعِ[1]

أولاً:

القرآنُ الكريمُ: ﴿وَإِنَّهُ لَتَنْزِيلُ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [الشعراء من الآية ١٩٢]

ثانياً: كتبُ التفسيرِ وعلومِ القرآنِ

١- أحكام القرآن – للإمام أبي بكر احمد بن علي الرازي المشهور بالجصاص، المتوفى سنة ٣٧٠هـ طبعة: دار إحياء التراث العربي – بيروت – ١٤٠٥هـ لبنان، وطبعة: دار الفكر.

٢- أحكام القرآن – للقاضي أبي بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الأندلسي المالكي المتوفى سنة ٥٤٢ هـ طبعة: دار المعرفة – بيروت تحقيق علي محمد البجاوي وطبعة: دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، وطبعة: دار الجيل – بيروت.

٣- أنوار التنزيل وأسرار التأويل، للإمام ناصر الدين أبو الخير عبدالله بن عمر بن محمد البيضاوي، المتوفي سنة ٦٩١هـ، ١٢٩٢م، طبعة دار المعرفة بلبنان.

٤- تفسير الرازي (التفسير الكبير). لأبي بكر محمد بن عمر المعروف بفخر الدين الرازي (ت ٥٤٣ هـ). دار إحياء التراث العربي–بيروت.

٥- تفسير القرآن العظيم – لابن كثير (عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر الدمشقي) المتوفى سنة ٧٧٤هـ ط دار المعرفة – بيروت ١٩٨٧م،وطبعة دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة : الثانية ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م، تحقيق سامي بن محمد سلامة.

٦- التفسير الكبير، المعروف بمفاتيح الغيب، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين، المتوفي سنة ٦٠٦هـ، ١٢١٠م، طبعة دار الغد ١٩٩٢م.

---

(١) ملحوظة : هذه المراجع مرتبة حسب الترتيب الأبجدي لأسماء المؤلفات كل فرع علي حدة.

٧- جامع البيان في تأويل القرآن، لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبوجعفر الطبري، [٢٢٤ – ٣١٠ هـ]، ط٣ دار المعرفة بيروت، ١٩٧٨م، وط/ مؤسسة الرسالة، بيروت،الطبعة : الأولى، ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠ م تحقيق، أحمد محمد شاكر.

٨- الجامع لأحكام القران – لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المتوفى سنة ٦١ هـ طبعة دار الكتب المصرية ١٩٣٥م، وطبعه دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م وطبعة دار الكتب العلمية ١٩٨٨م.

٩- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني" للعلامة أبي الفضل شهاب الدين محمود الآلوسي البغدادي ط الثانية , المطبعة المنيرية بمصر

١٠- صفوة التفاسير، د/ محمد علي الصابوني، مكتبة دار الصابوني، المنصورة.

١١- فتح القدير، الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، ، طبعة دار المعرفة – بيروت – لبنان.

١٢- في ظلال القرآن، للشهيد، سيد قطب، المتوفى سنة ١٣٨٦هـ، طبعة دار الشروق بيروت ١٩٨٧م.

ثالثاً : كتب الحديث وعلومه

١٣- الأحاديث المختارة- للإمام عبد الله محمد بن عبد الواحد بن أحمد الحنبلي المقدسي، ط مكتبة النهضة الحديثة مكة المكرمة – ط ١/ ١٤١٠ هـ .

١٤- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل- للإمام/ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي – بيروت الطبعة : الثانية – ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

١٥- الإستذكار- للإمام عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، ت : ٤٦٣ هـ ط دار الكتب العلمية بيروت – ط ١ / ١٤٢١ هـ – ٢٠٠٠ م.

١٦- التقريب والتيسير لمعرفة سنن البشير النذير في أصول الحديث- لابن شرف النووي، طبعة دار الفكر.

١٧- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير- لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ). تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة (١٣٨٤هـ).

١٨- تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك- للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي المتوفى سنة ٩١١ هـ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.

١٩- جامع العلوم والحكم بشرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، للحافظ زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي المتوفى ٧٩٥هـ، ١٣٩٣م، ط. دار المعرفة بيروت.

٢٠- سنن ابن ماجه - للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، المتوفى سنة٢٧٣هـ، مطبعة البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٢هـ، بتحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي

٢١- سنن أبي داود - للحافظ أبي داود سليمان بن داود بن الأشعث السجستاني،المتوفى سنة ٢٧٥هـ، ط. الأولى مطبعة البابي بمصر، سنة ١٣٧١هـ، ١٩٥٢م. تعليقات الشيخ/ أحمد سعد علي،

٢٢- سنن الترمذي- للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المتوفى سنة ٢٧٩هـ، ط. الثانية، مطبعة البابي الحلبي بمصر، سنة١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م، بتحقيق : أحمد محمد شاكر

٢٣- سنن الدار قطني- للإمام علي بن عمر الدارقطني ت ٣٨٥هـ، ط/ دار المحاسن للطباعة بالقاهرة، تحقيق / السيد عبدالله هاشم يماني.

٢٤- السنن الكبرى - للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ الطبعة الأولي دائرة المعارف العثمانية ١٣٥٦هـ،وط. دار الفكر.

٢٥- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، للإمام محمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٠هـ، ط/ المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة تح/ قاسم غالب أحمد وآخرون، وط : دار الكتب العلمية بيروت.

٢٦- شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية- لأبي زكريا النووي ت ٦٧٦هـ، ط المكتبة التوفيقية بالقاهرة.

٢٧- شرح الزرقاني علي موطأ الإمام مالك – للإمام محمد الزرقاني علي صحيح الموطأ للإمام مالك بن أنس (١٧٩هـ)، ط / دار الكتب العلمية، بيروت، ط / الأولى ١٤١١هـ

٢٨- شعب الإيمان- للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي, ت: ٤٥٨ هـ ط . دار الكتب العلمية بيروت – ط ١/ ١٤١٠ هـ.

٢٩- صحيح البخاري، الجامع الصحيح, للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصطفى البابي الحلبي.

٣٠- صحيح الترغيب والترهيب- للإمام/ محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف – الرياض، الطبعة : الخامسة.

٣١- صحيح مسلم بشرح النووي- للإمام محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٨هـ الطبعة المصرية بالأزهر سنة ١٣٤٩هـ، ونسخة أخري منشوره عن دار الكتب العلمية ببيروت – لبنان – بدون تاريخ .

٣٢- صحيح مسلم، للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المتوفى سنة ٢٦١هـ، طبعة الحلبي، بمصر.

٣٣- عون المعبود شرح سنن أبي داود- للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط: دار الكتب العلمية بيروت الأولى ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.

٣٤- فتح الباري بشرح صحيح البخاري – لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ، ط. دار المعرفة بلبنان – بدون تاريخ.

٣٥- الفتح المبين لشرح الأربعين- لابن حجر الهيثمي (الإمام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي) طبعة المطبعة العامرة الشرقية، القاهرة ١٣٢٠هـ

٣٦- فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، للعلامة محمد عبد الرؤوف المناوي، ضبطه وصححه/ احمد عبد السلام، ط. دار الكتب العلمية

بيروت – لبنان الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م وط. المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ط /الأولى ١٣٥٦هـ

٣٧- المستدرك علي الصحيحين – للإمام أبي بكر عبد الله الحاكم النيسابوري (٤٠٥هـ) وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي (٨٤٨هـ) الناشر مكتبة المطبوعات الإسلامية – بيروت – لبنان –١٣٣٥هـ .

٣٨- مسند أبي بكر الصديق- للإمام أحمد بن علي بن سعيد الأموي المروزي – ط/ المكتب الإسلامي بيروت .

٣٩- مسند أبي يعلى- للإمام أحمد بن علي بن المثني أبو يعلى الموصلي التميمي، ط. دار المأمون للتراث دمشق – ط ١/ ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤ م .

٤٠- مسند الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤-٢٤١هـ) وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال , لمؤلفه علي بن حسام الدين الشهير بالمتقي، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر – دار صادر للطباعة والنشر – بيروت – ١٣١٣هـ واستعنت أيضا بطبعة دار المعارف بمصر الطبعة الرابعة ١٣٧٣هـ ١٩٤٥م, ط / مؤسسة قرطبة بمصر، بدون تاريخ.

٤١- مصنف ابن أبي شيبة في الأحاديث والآثار- للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة إبراهيم بن عثمان ابن أبي بسكر بن أبي شيبة الكوفي العبسي المتوفي سنة ٢٣٥هـ، ضبط وتعليق الأستاذ/ سعيد اللحام، مراجعة وتصحيح مكتب الدراسات والبحوث في دار الفكر، وط. مكتبة الراشد الرياض الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩ هـ المحقق كمال يوسف الحوت.

٤٢- مصنف عبد الرازق- لأبي بكر عبد الرازق بن همام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١هـ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣ هـ المكتب الإسلامي بيروت تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي.

٤٣- معالم السنن – وهو شرح سنن أبي داود – للإمام الحافظ أبي سليمان أحمد بن محمد الخطابي ت٣٨٨هـ، ط / المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، الثانية ١٤٠١هـ – ١٩٨١م.

٤٤- المنتقى شرح الموطأ – لإمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس – رضي الله عنه

- (١٧٩هـ) تأليف القاضي أبو الوليدسليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الأندلس (٤٠٣-٤٩٤هـ)، دار الكتاب الإسلامي.

٤٥- موطأ مالك - للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩هـ مطبعة الحلبي، بمصر ١٣٤٩هـ / ١٩٣٠م. ط / دار الحديث بالقاهرة، ط / الثالثة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٤٦- نصب الراية لأحاديث الهداية- الإمام جمال الدين ابو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢هـ دار الحديث المركز الإسلامي للطباعة والنشر بدون تاريخ.

٤٧- نوادر الأصول في أحاديث الأصول- للإمام محمد بن علي بن الحسن أبو عبد الله الحكيم الترمذي - ط /دار الجيل - ط ١ /١٩٩٢ م.

٤٨- نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار من أحاديث سيد الأخيار- للشيخ/ محمد بن علي الشوكاني اليمني الصنعاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ، الطبعة الثانية إدارة الطباعة المنبرية بمصر سنة ١٣٤٤هـ.

رابعاً: كتب أصول الفقه

٤٩- الإبهاج في شرح المنهاج- لتاج الدين السبكي، ت٧٧١هـ، ط/ مكتبة الكليات الأزهرية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، تحقيق د/ شعبان محمد إسماعيل.

٥٠- الإحكام في أصول الأحكام- للإمام سيف الدين أبي الحسن الآمدي، طبعة "صبيح.

٥١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول- للإمام الشوكاني، طبعة ١٣٢٧هـ، القاهرة.

٥٢- أصول البزدوي مع كشف الأسرار- لفخر الإسلام أبو الحسن بن محمد بن حسين البزدوي، طبعة دار الكتاب العربي بيروت ١٣٩٣هـ.

٥٣- أصول الفقه - للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧م.

٥٤- تعليل الأحكام- للشيخ/ محمد مصطفى شلبي، طبعة ١٩٤٧م.

٥٥- التلويح على التوضيح لمتن التنقيح- لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود، مطبعة صبيح.

٥٦- تهذيب الفروق والقواعد السنية- للشيخ / محمد علي بن حسين،الطبعة الأولى، ١٣٤٤هـ مطبعة البابي الحلبي.

٥٧- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية- د / يعقوب عبدالوهاب حسين، ط / دار النشر الدولي، ط/ الثانية ١٤١٦هـ.

٥٨- كشف الأسرار - لفخر الإسلام علي بن محمد البزدوي المتوفى سنة ٤٨٢هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

٥٩- كشف الأسرار على أصول البزدوي- لعبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري،المتوفى سنة ٧٣٠هـ القاهرة، ١٣٠٧هـ

٦٠- كفاية الأصول- للملا محمد كاظم الخراساني ت١٣٢٩هـ، ط / حجر، إيران ١٣٢٧هـ

٦١- المحصول في علم أصول الفقه- لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ت ٦٠٦هـ ١٢٠٩م، دراسة وتحقيق د/ جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٢ هـ، ١٩٩٢م.

٦٢- المستصفى- للإمام أبي محمد بن محمد حامد الغزالي، الطبعة الأولى، مطبعة البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٦هـ.

٦٣- الموافقات في أصول الأحكام- لأبى إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى الشهير بالشاطبى متوفى سنة ٧٩٠ هـ طبعة المكتبة التجارية الكبرى — الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م، وطبعة دار الفكر بلبنان سنة١٣٤١هـ، تعليق الشيخ/ محمد الخضر حسين التونسي.

٦٤- شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي، ط العبيكان — الرياض — السعودية.

٦٥- القاموس المبين في اصطلاح الأصوليين د/ محمود حامد عثمان، ط دار الحديث — القاهرة، ط١/١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م،

٦٦- الفتح المبين في حل رموز مصطلحات الفقهاء والأصوليين، د/ محمد إبراهيم الحفناوي، بدون ناشر وسنة الطبع.

خامساً: كتبُ قواعدِ الفقهِ

٦٧- الأشباه والنظائر- لجلال الدين عبدالرحمن بن بكر السيوطي الشافعي، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ط١ -١٤١١هـ-١٩٩٠م، وط. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ .

٦٨- الأشباه والنظائر- لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٠هـ

٦٩- الأشباه والنظائر- للإمام تاج الدين عبد الوهاب السبكى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، تحقيق عادل عبد الموجود وعلى معوض.

٧٠- شرح القواعد الفقهية- د/ أحمد بن محمد الزرقا، المتوفى سنة ١٣٥٧هـ، ط دار الغرب الأولى، سنة ١٤٠٣ هـ تحقيق د/ عبدالستار أبوغدة، وطبعة دار القلم، دمشق ١٩٨٩م، الطبعة الثانية، تصحيح وتعليق، مصطفى أحمد الزرقا.

٧١- شرح المجلة- للشيخ سليم رستم باز اللبناني، ط / دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الثالثة، ١٨٩٨م.

٧٢- قواعد الأحكام في مصالح الأنام- للإمام أبي محمد عز الدين بن عبدالسلام السلمي الشافعي، المتوفى سنة ٦٦٠هـ طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت، وطبعة دار الشروق.

٧٣- قواعد الزركشي- للإمام بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي المتوفى سنة ٧٩٤هـ، (مخطوط بدار الكتب المصرية).

٧٤- قواعد الفقه- لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، سلسلة مطبوعات لجنة النقابة والنشر والتأليف، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٧هـ

٧٥- القواعد الفقهية- د/ محمد بكر إسماعيل، طبعة دار المنار سنة ١٩٩٧م.

٧٦- قواعد المقري- لمحمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله القرشي

التلمساني، الشهير بالمقري، المتوفى سنة، ٧٥٨ هـ - ١٣٥٧م، مخطوط بدار الكتب.

٧٧- القواعد- لأبي بكر بن محمد بن عبدالمؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، مكتبة الرشد، الرياض الأولى سنة ١٩٩٧م،

٧٨- القواعد- لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي(ت٧٩٥هـ)، طبعة دار المعرفة ببيروت.

٧٩- المختارات الجلية- للشيخ عبدالرحمن بن ناصر بن سعدي، ط المدني ١٣٧٨هـ .

٨٠- المدخل الفقهي العام- د/ مصطفى أحمد الزرقا، طبعة مكتبة الحياة — دمشق — طبعة ثامنة ١٣٨٣هـ - ١٩٦٤م، و الطبعة العاشرة ١٣٨٧هـ، ١٩٦٨م مطبعة طربين بدمشق.

٨١- المنثور في القواعد الفقهية - لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، تحقيق د/ تيسير فائق أحمد محمود، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت .

سادساً: كتبُ الفقهِ.

(أ) المذهبُ الحنفيّ:

٨٢- الاختيار لتعليل المختار- للشيخ عبدالله محمود بن مودود الموصلي، المتوفى سنة ٦٨٣هـ، ط. مطبعة المعاهد الأزهرية، وط. دار نهر النيل للطباعة، ١٤٢٠هـ.

٨٣- البحر الرائق في شرح كنز الدقائق- للإمام إبراهيم زين العابدين بن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠هـ دار المعرفة بلبنان — بدون تاريخ، وطبعة المطبعة العلمية بمصر، ١٣١١هـ.

٨٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ الطبعة الأولى مطبعة الجمالية — ١٣٢٨هـ — ١٩١٠م، وط . دار الكتب العلمية.

٨٥- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي

الحنفي المتوفى سنة٧٤٢هـ الطبعة الأميرية الأولي ١٣١٥هـ

٨٦- تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق - للإمام محمد بن حسين بن علي الطوري، الحنفي، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٣٤هـ

٨٧- الجوهرة النيرة- لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي، الحنفي، طبعة المطبعة الخيرية.

٨٨- حاشية الطهطاوي على الدر المختار- للشيخ أحمد بن محمد الطهطاوي، المطبعة العامرة، القاهرة، ١٢٧٣هـ

٨٩- الدر المختار شرح تنوير الأبصار- لعلاء الدين محمد بن علي بن محمد الحصكفي (١٠٨٨ هـ)، ط. دار الفكر بيروت، وطبعة دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٩٨م.

٩٠- رد المحتار على الدر المختار، والمسماة حاشية ابن عابدين- للعلامة محمد بن عابدين، المطبعة العامرة سنة ١٣٥٧هـ وط. دار الفكر-بيروت ط الثانية- ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

٩١- شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير- للعلامة أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر - الطبعة الثانية.

٩٢- الفتاوى الهندية - لجماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام ١٠٧٠هـ الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي ببيروت - لبنان - ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م، و المطبعة الميمنية بمصر.

٩٣- فتح الغفار لشرح المنار، لابن نجيم، مكتبة مصطفى الحلبي.

٩٤- فتح القدير على شرح الهداية، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بالكمال ابن الهمام، طبعة المكتبة التجارية، القاهرة، ١٣١٨هـ، وط. دار الفكر.

٩٥- المبسوط - لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفي سنة ٤٩٠هـ الطبعة الأولي: مطبعة السعادة ١٣٢٠هـ، وط. دار المعرفة.

٩٦- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر- للشيخ عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن

سليمان المدعو بشيخ زادة , دار احياء التراث العربي بلبنان — بدون تاريخ .

٩٧- مجمع الضمانات على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان- للشيخ محمد بن غانم بن محمد البغدادي، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٨هـ، وط دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.

٩٨- مجمع الضمانات، للبغدادى- دراسة وتحقيق د/ محمد أحمد سراج، د/ على جمعه محمد، ط دار السلام، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.

٩٩- معين الحكام فيما يتردد بن الخصمين من الأحكام- للإمام علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي، الحنفي، ط دار الفكر.

١٠٠- نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير- لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زادة، الطبعة الثانية، دار الفكر.

١٠١- الهداية شرح بداية المبتدي- لشيخ الإسلام علي بن أبي بكر بن عبدالجليل المرغيناني ت٥٩٣هـ، ط / مصطفى الحلبي، ط / الأخيرة، وط دار الفكر الطبعة الثانية.

(ب) المذهبُ المالكيّ:

١٠٢- بلغة السالك لأقرب المسالك إلي مذهب الإمام مالك- للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي (ت ١١٧٥-١٢٤١هـ) علي الشرح الصغير للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير (ت ١١٢٧-١٢٠١هـ) دار إحياء الكتب العربية، ١٩٧٨م

١٠٣- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام- للإمام برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، ت ٧٩٩هـ،الطبعة الأولى، المطبعة العامرة بمصر سنة ١٣٠١هـ وط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٠٤- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل- للشيخ صالح عبدالسميع الأبي الأزهري، مطبعة الحلبي البابي.

١٠٥- حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير للدردير- لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي المالكي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ طبعة الحلبي، الطبعة الثانية ١٣٠٩هـ، وط دار إحياء الكتب العربية.

١٠٦- حاشية العدوي علي شرح الخرشي- للشيخ علي أبو الحسن نور الدين بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي المتوفى ١١٨٩هـ مطبوع مع شرح الخرشي، طـ دار الفكر.

١٠٧- شرح الخرشي على مختصر خليل- للإمام أبو عبد الله محمد الخرشي المتوفى ١١٠١هـ، الطبعة الأولي بالمطبعة العامرة بمصر، سنة ١٣١٦هـ.

١٠٨- الشرح الصغير علي أقرب المسالك إلي مذهب الإمام مالك — للشيخ أحمد بن محمد بن محمد بن أحمد الدردير (١١٢٧-١٢٠١هـ) وبهامشه حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي (١٢٤١هـ)، طبعة دار المعارف بمصر ١٣٩٣هـ.

١٠٩- الشرح الكبير علي مختصر خليل - لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي المالكي الشهير بالدردير المتوفى سنة ١٢٠١هـ طبعة الحلبي ١١٩٧هـ.

١١٠- شرح المواق على مختصر خليل، المسمى بالتاج والإكليل- للشيخ أبي عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، الشهير بالمواق، المتوفى سنة ٨٩٧هـ، ط الأولى مطبعة السعادة، سنة١٣٢٩هـ بهامش مواهب الجليل.

١١١- شرح زروق على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - للشيخ أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي , المتوفى سنة ٨٩٩هـ , مطبعة الجمالية سنة ١٣٣٢هـ

١١٢- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني — شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي (١١٢٠هـ) علي رسالة أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي (٣١٦-٣٨٦هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر، وط / دار الفكر، بيروت، لبنان ١٤٢٠هـ.

١١٣- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، وطبعة دار الكتب العلمية.

١١٤- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات- لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٢٠هـ الطبعة الأولي،

مطبعة السعادة بمصر، وط. دار صادر ببيروت — لبنان

١١٥- منح الجليل شرح مختصر خليل- للخرشي، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار صادر، بيروت،

١١٦- منح الجليل على مختصر خليل- للشيخ محمد عليش، طبعة المطبعة العامرة الكبرى بمصر سنة ١٢٩٤هـ، وبهامشه حاشية تسهيل منح الجليل للمؤلف نفسه.

١١٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (٩٠٢-٩٥٤هـ) وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل — لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق (٨٩٧هـ) دار الفكر — الطبعة الثانية — ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م، وط. دار الكتب العلمية.

(ج) المذهبُ الشافعيّ:

١١٨- أسنى المطالب شرح روض الطالب- للإمام أبي زكريا الأنصاري الشافعي، طبعة المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣هـ، بهامشه: حاشية الشهاب الرملي، وطبعة دار الكتاب الإسلامي.

١١٩- الأم – لمحمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ، دار الفكر بيروت ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م، وط. دار المعرفة.

١٢٠- تحفة المحتاج بشرح المنهاج – للإمام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي المتوفى سنة ٩٧٤هـ الناشر دار إحياء التراث العربي.

١٢١- تكملة المجموع شرح المهذب- للشيخ / نجيب المطيعي، ط حديثة ومحققة.

١٢٢- حاشية البجيرمي علي الخطيب – لسليمان بن عامر بن محمد البجيرمي الشافعي المتوفى سنة ١٢٢١هـ، ط. دار الفكر .

١٢٣- حاشية البيجورى- لعلى ابن القاسم، ضبط وتصحيح / محمد عبدالسلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.

١٢٤- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لشرح تحرير تنقيح اللباب- للشيخ أبي

يحيى زكريا الأنصاري، طبعة مصر سنة ١٩٤١م.

١٢٥- حاشية قليوبي وعميره - للإمامين شهاب الدين القليوبي، والشيخ عميرة , طبعة دار إحياء الكتب العلمية- عيسي البابي الحلبي وشركاه بمصر.

١٢٦- حواشي الشرواني وابن القاسم علي تحفة المحتاج شرح المنهاج- للشيخ/ عبدالحميد الشرواني، والشيخ/ أحمد بن القاسم العبادي، طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٥هـ

١٢٧- روضة الطالبين- للإمام أبي بكر يحي بن شرف النووي الدمشقي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ، ط. المكتب الإسلامي.

١٢٨- شرح الأنصاري على متن البهجة، والمسمى بالغرر البهية شرح البهجة الوردية- للإمام أبي يحي زكريا الأنصاري، طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٨هـ، وبهامشه : حاشية ابن القاسم والشربيني.

١٢٩- الفتاوى الفقهية الكبرى- للإمام أحمد بن محمد بن حجر الهيثمي، طبع ونشر عبدالحميد حنفي، مصر.

١٣٠- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب- للإمام أبي يحي زكريا الأنصاري، المتوفى سنة ٩٢٥هـ، طبعة دار إحياء الكتب العربية، وبهامشه منهج الطلاب والرسائل الذهبية، للذهبي، وطبعة مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٦٩هـ بهامش حاشية الأبيجرمي عليه.

١٣١- المجموع شرح المهذب- للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ، ط. دار الفكر، وط. إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة.

١٣٢- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المتوفى سنة ٩٧٧هـ، طبعة دار الفكر - بيروت، وطبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٢٩هـ، وط مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧هـ ١٩٥٨م.

١٣٣- المنثور في القواعد- لبدر الدين بن محمد بهادر الزركشي، طبعة وزارة الأوقاف الكويتية ط الثانية-١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).

١٣٤- المهذب- للإمام أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي

المتوفى سنة ٤٧٦هـ طبعة دار الفكر ومطبوع معه النظم المستعذب شرح غريب المهذب للعلامة محمد بن أحمد بن بطال الركبي.

١٣٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج- لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي، الناشر دار الفكر.

١٣٦- الوجيز في فقه الأمام الشافعي- للإمام أبي حامد محمد بن محمد المعروف بالغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ طبعة ١٣١٧هـ، القاهرة.

(د) المذهبُ الحنبليِّ:

١٣٧- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل- للإمام شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، المتوفى سنة ٩٦٨هـ، المطبعة المصرية بالأزهر سنة ١٣٥١هـ، تعليق وتصحيح/ عبداللطيف موسى السبكي.

١٣٨- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي مذهب أبن حنبل- لعلاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرداوي المتوفى سنة ٨٥٢هـ ط. دار إحياء التراث العربي بلبنان الثانية، د ت-تحقيق محمد حامد الفقي، وط. دار الكتب العلمية – ط أولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

١٣٩- الحاوي الكبير- للإمام الماوردي ت ٤٥٠هـ، ط / دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٤٠- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات- لمنصور بن يونس البهوتي ١٠٥١هـ، ط. عالم الكتب ط الأولى-١٤١٤هـ-١٩٩٣م، بيروت، لبنان.

١٤١- الروض المربع بشرح زاد المستنفع – للعلامة منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١هـ ط ٨ – دار الكتب العلمية بلبنان بدون تاريخ، و الطبعة الأولى ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م – دار الحديث بتحقيق عماد عامر.

١٤٢- زاد المعاد في هدى خير العباد – للإمام المحدث المفسر الفقيه شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية طبعة: المطبعة المصرية.

١٤٣- شرح العمدة في الفقه، لأحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني، أبوالعباس،

مكتبة العبيكان، الرياض الطبعة الأولي، سنة ١٤١٣هـ تحقيق د/ سعود صالح العطيشان.

١٤٤- الشرح الكبير لابن قدامة- ط / دار الحديث بالقاهرة، طبعة أولى ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م، تحقيق د/ محمد شرف الدين خطاب وآخرون.

١٤٥- العدة شرح العمدة- للشيخ بهاء الدين عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٤هـ المطبعة السلفية بمصر.

١٤٦- الفروع- لابن مفلح، ط / عالم الكتب، بيروت، الرابعة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١٤٧- الكافي- للإمام أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، طبعة فيصل عيسى الحلبي.

١٤٨- كشاف القناع عن متن الإقناع - لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية، سنة ١٣٦٦هـ، ١٩٤٧م، وط دار الفكر ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م- تحقيق هلال مصيلحي.

١٤٩- المبدع في شرح المقنع- للعلامة أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح، المتوفى سنة ٨٨٤هـ، ط الأولى، المكتب الإسلامي ببيروت، لبنان ١٣٩٩هـ

١٥٠- المحرر في الفقه علي مذهب أبن حنبل - للشيخ الإمام مجد الدين أبي البركات المتوفى سنة ٦٥٢هـ مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٩هـ ومعه النكت والفوائد السنية لابن مفلح.

١٥١- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى- لمصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني، الحنبلي، ط المكتب الإسلامي.

١٥٢- المغني - للإمام أبي محمد عبدا لله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ ط ٣ مطبعة المنار بالقاهرة ١٣٦٧هـ

١٥٣- المغني شرح مختصر الخرقي، للإمام أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، مع الشرح الكبير على متن المقنع، لمؤلفه الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي، ط الثانية، مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٦هـ

١٥٤- مفتاح دار السعادة- للإمام المحدث المفسر الفقيه شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ط حديثة.

١٥٥- المقنع- للإمام ابن قدامة المقديسي، مكتبة الرياض الحديثة، سنة ١٤٠٠هـ

١٥٦- منار السبيل في شرح الدليل- للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة السادسة، المكتب الإسلامي.

١٥٧- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات- للإمام تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار، دار الجيل للطباعة بالفجالة سنة ١٣٨١هـ، بتصحيح عبدالغني عبدالخالق.

١٥٨- نيل المآرب بشرح دليل الطالب- للإمام عبدالقادر بن عمر الشيباني، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٤هـ، بهامش الروض المربع، وط / الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

(هـ) المذهب الظاهريّ:

١٥٩- المحلى- للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المتوفى سنة ٤٥٦هـ دار الآفاق الجديدة — بيروت.

(و) المذهب الإماميّ:

١٦٠- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية- لمحمد بن جمال الدين المكي العاملي، دار التعارف للمطبوعات، بدون رقم طبعة، وطبعة دار الكتاب العراقي.

١٦١- المختصر النافع- للحلي، طبعة وزارة الأوقاف — الطبعة الثانية، مطابع دار الكتاب العربي بمصر.

١٦٢- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، لجعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلي)، إمامي المذهب، مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان.

١٦٣- تحرير الوسيلة- للإمام الخميني، العراق، ١٩٧٠م.

(ز) المذهب الزيديّ:

١٦٤- التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار- للعلامة أحمد بن قاسم الأنسي، جـ٤، صـ٣٥٧ - مكتبة اليمن الكبرى.

١٦٥- التاج المذهب لأحكام المذهب- للقاضي اليماني الصنعاني، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

(ح) المذهب الإباضي:

١٦٦- شرح كتاب النيل وشفاء العليل، لمحمد بن يوسف بن عيسى أطفيش - إباضي، مكتبة الإرشاد - جدة، ، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

سادساً: المذاهبُ المقارنة والإجماعات

١٦٧- الإجماع- للإمام أبي بكر محمد إبراهيم ابن المنذر، المتوفى سنة ٣١٨هـ، طبع دار الكتب العلمية بيروت.

١٦٨- الإفصاح عن معاني الصحاح- للوزير عون الدين أبي المظفر يحي بن محمد بن هبيرة، المتوفى سنة ٥٦٠هـ، ط. الأولى المطبعة العلمية بحلب سنة ١٣٤٧هـ.

١٦٩- البحر الزخار لجامع علماء الأمصار - للإمام المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحي المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ طبعة مؤسسة الرسالة.

١٧٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لأبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد المتوفى ٥٩٥هـ، طبعة الحلبي، وطبعة دار الفكر تنقيح وتصحيح خالد العطار، طبعة جديدة منقحة ومصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

١٧١- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية- للإمام محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، المتوفى سنة ٧٤١هـ، دار العلم للملايين بيروت - لبنان، و طبعة دار الفكر - بيروت - ١٤١٥هـ.

١٧٢- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام- للإمام أبي محمد عبدالله بن عبدالله سلمون الكناني، ط. الأولى بالمطبعة العامرة الشريفة بمصر سنة ١٣٠١هـ بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون.

١٧٣- مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام- للإمام جمال الدين بن يوسف بن عبد الهادي الحنبلي، المتوفى سنة ٩٠٩هـ، تحقيق الشيخ عبدالعزيز بن محمد آل الشيخ.

سابعاً: كتبُ السياسةِ الشرعية

١٧٤- الأحكام السلطانية والولايات الدينية- لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي ت٤٥٠هـ . ط/ دار ابن خلدون بالإسكندرية - ودار الكتب العلمية بيروت.

١٧٥- معالم القربة في أحكام الحسبة- للإمام محمد بن محمد بن أحمد القرشي، المعروف بابن الأخوة ت٧٢٩هـ، ط / الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٦م.

ثامناً : كتبُ اللغةِ العربيةِ والمعاجمِ

١٧٦- تاج العروس من جواهر القاموس- لمحمد بن محمد عبدالرازق مرتضى الحسيني الزبيدي ت ١٢٠٥هـ، منشورات دار مكتبة الحياة بيروت، وط / المطبعة الخيرية بجمالية مصر ١٣٠٦هـ، ط / أولى.

١٧٧- التعريفات- لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، ت ٨١٦هـ، ط دار الريان للتراث بالقاهرة، ١٤٠٣هـ وط / دار الكتاب العربي - بيروت ط١/١٤٠٥ هـ - تحقيق: إبراهيم الإبياري.

١٧٨- تهذيب الصحاح- لمحمد بن أحمد الزنجاني الشافعي المتوفى سنة ٦٥٦هـ، طبعة دار المعارف بمصر.

١٧٩- العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، ط/ دار مكتبة الهلال تحقيق: د. مهدي المخزومي- د. إبراهيم السامرائي.

١٨٠- الفائق في غريب الحديث لمحمود بن عمر الزمخشري، ط/ دار المعرفة - لبنان - ط ٢/ تحقيق: علي محمد البجاوي - محمد أبوا لفضل إبراهيم.

١٨١- القاموس المحيط - لمجد الدين محمد بن يعقوب القيروزآبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ طبعة مؤسسة الرسالة بيروت، ط الثانية ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.

١٨٢- لسان العرب - لجمال الدين بن مكرم بن منظور الأنصاري، المتوفى ٧١١هـ - دار صادر ببيروت بلبنان سنة ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م. وطبعة الشعب.

١٨٣- مختار الصحاح - لمحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، المتوفى سنة ٦٦٦هـ دار الكتب العلمية ببيروت - لبنان سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، وطبعة دار الحكمة دمشق ١٩٨٣م.

١٨٤- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير- للعلامة أحمد بن محمد بن على المقري الفيومي، المتوفى سنة ٧٧٠هـ المكتبة العلمية بيروت — لبنان.

١٨٥- المعجم الوجيز جمهورية مصر العربية مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم سنة ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

١٨٦- المعجم الوسيط — مجمع اللغة العربية — طبعة دار المعارف المصرية — الطبعة الأولى، بدون تاريخ.

١٨٧- المفردات في غريب القرآن- للإمام أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ت٥٠٢هـ، ط / دار المعرفة، بيروت، لبنان، الثانية ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م، تحقيق / محمد خليل عيتاني.

١٨٨- النهاية في غريب الحديث والأثر- لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، المكتبة العلمية – بيروت، ١٣٩٩هـ –١٩٧٩م، تحقيق : طاهر أحمد الزاوى – محمود محمد الطناحي.

تاسعاً: كتبُ التاريخ والتراجمِ

١٨٩- أبو القاسم الزهراوي أول طبيب جراح في العالم- د/ عبدالعظيم الديب، ط دار الأنصار بمصر.

١٩٠- الإسناد الطبي في الجيوش العربية الإسلامية- د/ راجي عباس التكريتي، ط دائرة الشئون الثقافية العراق عام ١٩٨٤م.

١٩١- الإصابة في معرفة الصحابة- لابن حجر العسقلاني(ت ٨٥٢ هـ) وبهامشه كتاب الاستيعاب لابن عبد البر، مطبعة السعادة – مصر، الطبعة الأولى (١٣٢٨ هـ).

١٩٢- الأعلام- لخير الدين الزركلي، ط دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة، ١٩٨٠م.

١٩٣- الأنساب- للإمام السمعاني، تقديم وتعليق /عبدالله عمر البارودي، ط/ دار الجنان، ط/ الأولى ١٤٠٨هـ–١٩٨٨م.

١٩٤- البداية والنهاية في التاريخ- للحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر

بن كثير القرشي , المتوفي سنة ٥٠٢هـ , مطبعة السعادة بمصر عام ١٣٥٨هـ .

١٩٥- تاج التراجم في طبقات الحنفية- لقاسم بن قطلوبغا الحنفي، طبعة بغداد ١٩٦٢م.

١٩٦- تاريخ التشريع الإسلامي خصائصه وتاريخه- د/ محمد مصطفى إمبابي،الطبعة الأولى، ١٩٧٧م.

١٩٧- تاريخ الحضارات العام، الشرق واليونان القديمة، لأندريه ايمارد، جانين اوبواية، ترجمة/يوسف داغر، وفريد داغر، منشورات عويدات بيروت، لبنان ١٩٦٤م.

١٩٨- تاريخ الطب العربي- د. يحيى حقي.

١٩٩- تاريخ وتشريع وآداب الصيدلة- د. محمد زهير البابا، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٨٦م.

٢٠٠- تقريب التهذيب- للإمام الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ)، تحقيق محمد عوامة. دار ابن حزم للطباعة والنشر – بيروت. الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ – ١٩٩٩ م).

٢٠١- تهذيب سير أعلام النبلاء للذهبي- هذبه أحمد فايز الحمصي. ط الثانية مؤسسة الرسالة ١٤١٣هـ بإشراف شعيب الأرنؤوط

٢٠٢- جذوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس- للإمام أبي عبدالله محمد بن فتوح بن عبدالله الأزدي، ط . الدار المصرية للتأليف والترجمة سنة ١٩٦٦م.

٢٠٣- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء- للحافظ أبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني، المتوفى سنة ٤٣٠هـ، ط . الأولى بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٥١ هـ

٢٠٤- دراسات في تاريخ العلوم عند العرب- لحكمت نجيب عبدالرحمن، ط الرابعة، ١٩٨٥م، جامعة الموصل.

٢٠٥- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة- لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ). دار الجيل – بيروت. د. ت.

٢٠٦- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب- للإمام إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون, ط الأولى سنة ١٣٥٠هـ , مطبعة الفجالة بمصر.

٢٠٧- ذيل طبقات الحنابلة- للإمام زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين، أبي العباس أحمد بن حسن بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة ٧٩٥هـ، مطبعة السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٧٢هـ ١٩٥٢م، بتصحيح/ محمد حامد الفقي.

٢٠٨- سير أعلام النبلاء- للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفى ٧٤٨هـ، ١٣٧٤م، ط. مؤسسة الرسالة، الطبعة التاسعة، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م، وط/ الحادية عشرة (١٤١٧هـ-١٩٩٦م)، تحقيق / شعيب الأرنؤوط .

٢٠٩- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية- للشيخ محمد بن محمد مخلوف، ط بالأوفست عن الطبعة الأولى بالمطبعة السلفية سنة ١٣٤٩هـ , وط. دار الكتاب العربي بيروت.

٢١٠- شذرات الذهب في أخبار من ذهب- للشيخ عبدالحي بن العماد الحنبلي، المتوفى سنة ١٠٨٩هـ، نشر مكتبة القدسي بمصر سنة ١٣٥٠هـ-و- دار الكتب العلمية بيروت.

٢١١- الطبقات السنية في تراجم الحنفية- تحقيق: د/ عبد الفتاح محمد الحلو، ط١ ، دار الرفاعي للنشر، الرياض، سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.

٢١٢- طبقات الشافعية- لأبي بكر بن أحمد بن قاضي شهبه، ط/ عالم الكتب العلمية بيروت - ط. الأولى، ١٤٠٧هـ - تحقيق: الحافظ عبد العليم خان.

٢١٣- طبقات الشافعية- للإمام أبي بكر هداية الله االحسيني, المتوفى سنة ١٠١٤هـ ط الثانية , طبع شركة الخدمات الصحفية والطباعية ببيروت , لبنان , تحقيق عادل نويهض.

٢١٤- عيون الأنباء في طبقات الأطباء- لموفق الدين أبي العباس أحمد بن القاسم بن خليفة بن يونس السعدي الخزرجي، المعروف بابن أبي أصيبعة, تحقيق نزار رضا , بيروت — دار مكتبة الحياة ١٩٦٩م.

٢١٥- فضل علماء المسلمين على الحضارة الغربية- د/عز الدين فراج، ط. دار الفكر العربي، ١٣٧٨هـ

٢١٦- الفهرست- لأبي الفرج محمد أبي يعقوب إسحاق المعروف بالنديم، المتوفى سنة ٣٨٠هـ، ط. دار الكتب العلمية بيروت، الأولى سنة ١٩٩٦م.

٢١٧- الفوائد البهية في تراجم الحنفية- للكنوي الهندي الحنفي، ط دار المعرفة لطباعة والنشر - بيروت - لبنان، وط. مطبعة السعادة بمصر الأولى ١٣٢٤هـ تعليق وتحقيق محمد بدر الدين أبو فراس النعماني.

٢١٨- المبادئ العامة لتاريخ النظم والشرائع لحضارات العالم القديم- د/ سمير عبدالمنعم أبوالعنين، بدون طبعة.

٢١٩- مختصر تاريخ الطب العربي- د/ كمال السامرائي، دار النضال، بيروت، ١٩٨٩م.

٢٢٠- معجم الأدباء- للشيخ شهاب الدين ياقوت بن عبدالله الحموي الرومي، طبعة دار المأمون بمصر، سنة ١٣٥٧هـ

٢٢١- معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية- لعمر رضا كحالة، مطبعة الترقي بدمشق سوريا، سنة ١٣٧٧هـ، وط. مكتبة المثنى - بيروت دار إحياء التراث العربي بيروت

٢٢٢- نيل الابتهاج بتطريز الديباج- للشيح أحمدبن أحمد بن عمر بن محمد أقيت التنبكتي، ط. الأولى مصر سنة ١٣٥١هـ

٢٢٣- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان- للإمام أبي العباس شمس الدين أحمد بن أبي بكر بن خلكان، المتوفي سنة ٦٨١هـ، ط. الأولى بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٦٧هـ، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد.وط. دار صادر بيروت تحقيق/ إحسان عباس، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

عاشراً : المراجع القانونية

(أ) الفقـه المدني:

٢٢٤- أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، د/ بلحاج العربي، الجزائر، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م.

٢٢٥- الإجبار القانوني على المعارضة، د/ جلال العدوي، ط ١٩٦٠م، الإسكندرية.

٢٢٦- الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د/ أحمد شرف الدين، طبعة ١٩٨٣م، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت، والطبعة الثانية، جامعة عين شمس، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.

٢٢٧- أحكام العمليات الجراحية "دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي"، د/ رأفت محمد حماد، بدون سنة طبع، دار النهضة العربية.

٢٢٨- أحكام الوصية في الفقه الإسلامي والقانون، د/ أنور محمود دبور، طبعة ١٩٨٥م، الناشر دار الثقافة العربية.

٢٢٩- أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، طبعة: دار المنار، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٣٠- إقالة العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أ.د/ لاشين محمد يونس الغاياتى، طبعة سنة ١٩٨٥م.

٢٣١- الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، د/ محمد علي عمران، طبعة ١٩٨٠م.

٢٣٢- الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة مقارنة"، د/ هشام محمد مجاهد القاضي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

٢٣٣- انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، د/ أحمد شرف الدين، طبعة ١٩٨٢م، دار الحضارة العربية، الفجالة.

٢٣٤- بيع ملك الغير، د/ لاشين محمد يونس الغاياتي، الناشر : مكتبة جامعة طنطا، الطبعة الأولى ١٩٨٦م.

٢٣٥- التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، د/ إشرف جابر، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٩م.

٢٣٦- التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، د/ السيد محمد السيد عمران، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط ١٩٩٢م.

٢٣٧- التزامات الطبيب في العمل الطبي، د/ علي حسين نجيدة، دار النهضة، ١٩٩٢م.

٢٣٨- التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، د/ منذر الفضل، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٩٠م.

٢٣٩- التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارنة بالقضائين الفرنسي والمصري، د/ محسن عبدالحميد البيه، طبعة مكتبة الجلاء المنصورة سنه ١٩٩٠م.

٢٤٠- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، د/ محمد دسوقي، مطابع رمسيس الإسكندرية.

٢٤١- حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، د/مصطفى عبدالحميد العدوي - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - بدون طبعة.

٢٤٢- الحق في الحياة وفي سلامة الجسد "دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية"، د/محمد سعد خليفة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ١٩٩٦م.

٢٤٣- الحقوق والمراكز القانونية، د/ حمدي عبد الرحمن، ط ١٩٧٥، ١٩٧٦م، دار الفكر العربي.

٢٤٤- الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، د/محمود جمال الدين زكي، القاهرة ١٩٩٠م.

٢٤٥- الخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا، د/ وفاء حلمي أبوجميل، دار النهضة العربية ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م.

٢٤٦- الخطأ والمسئولية المهنية، د/ سليمان مرقس، دروس للدكتوراه عام ١٩٥٧م / ١٩٥٨م.

٢٤٧- الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، د/ محمد السعيد رشدي، طبعة ١٩٨٧م.

٢٤٨- دروس في المدخل للعلوم القانونية، د/ نعمان محمد خليل جمعة، طبعة: ١٩٧٨م، دار النهضة العربية.

٢٤٩- دروس في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د/ أحمد سلامه، طبعة ١٩٧٥م، دار التعاون للطبع والنشر.

٢٥٠- دروس في مصادر الالتزام، د/ لاشين محمد يونس الغاياتي، الطبعة الأولى / طبعة ١٩٨٣م، بدون دار نشر، وطبعة ٢٠٠١م.

٢٥١- دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، د. محمد لبيب شنب، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٧/٧٦م.

٢٥٢- الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية "دراسة مقارنة" د/ جابر محجوب على، دار النهضة العربية.

٢٥٣- رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية "دراسة مقارنة"، د/ مأمون عبد الكريم، طبعة ٢٠٠٦م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

٢٥٤- زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، د/ أحمد محمود سعد، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م، دار النهضة العربية.

٢٥٥- السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/رأفت محمد حماد، ط دار النهضة العربية ١٩٩٨م.

٢٥٦- شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني (نظرية الالتزامات)، د/ محمد كامل مرسي، طبعة ١٩٥٥م.

٢٥٧- شرح القانون المدني، في الالتزامات، د/ سليمان مرقس، المطبعة العالمية، سنة ١٩٦٤م.

٢٥٨- شرح المسئولية المدنية في القانون المصري، د/ مصطفى مرعي، طبعة ١٩٣٦م.

٢٥٩- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسئولية التقصيرية في القانون، د/محمد أحمد سراج الدين، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.

٢٦٠- عقد العلاج الطبي، د/ محمد السعيد رشدي، مكتبة سيد عبدالله وهبه، القاهرة، ١٩٨٦م.

٢٦١- عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، د/ عبد الرشيد مأمون، دار النهضة العربية ١٩٨٦م.

٢٦٢- علاقة السببية في المسئولية المدنية، د/ عبد الرشيد مأمون، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٦٣- عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، د/ سميرة عابد ديات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٤م.

٢٦٤- القانون التجارى، د/ محمد بهجت عبد الله فايد، الطبعة الأولى ١٩٩٠/١٩٩١م دار النهضة العربية.

٢٦٥- محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، د/ نزيه صادق المهدي، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٢م.

٢٦٦- المدخل إلى القانون، د/ حسن كيرة، الطبعة الخامسة، ١٩٧٤م.

٢٦٧- المدخل لدراسة العلوم القانونية، د/ عبد الحي حجازي، الكتاب الثاني "الحق" الجزء الثاني، الناشر مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٠م.

٢٦٨- المدخل للعلوم القانونية، د/ توفيق حسن فرج، طبعة، ١٩٧٦، وطبعة ١٩٨١م

٢٦٩- مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د/ مجدي حسن خليل، دار النهضة العربية ٢٠٠٠م.

٢٧٠- المرافعات المدنية والتجارية، د/ محمد حامد فهمي، طبعة ١٩٤٠م.

٢٧١- مسئولية الراعي المفترضة، د/ سليمان مرقس، معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٦٨م.

٢٧٢- مسئولية الطبيب، مشكلات المسئولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، د/ أحمد شرف الدين، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٦م.

٢٧٣- المسئولية الطبية، (المسئولية المدنية لكل من: الأطباء، الجراحين، أطباء الأسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة، المرضين والممرضات) د/ محمد حسين منصور، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية بدون تاريخ.

٢٧٤- المسئولية العقدية عن فعل الغير، أساسها وشروطها دراسة مقارنة، د/ حسن أبوالنجا، طبعة مكتبة دار الثقافة الجامعية، ١٩٨٩م.

٢٧٥- المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدني الجديد، د/ حسن عكوش، طبعة دار الفكر الحديث، الثانية ١٩٧٠م.

٢٧٦- مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه، د/ رأفت محمد حماد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.

٢٧٧- المسئولية المدنية، دروس في القانون المدني مع التعمق، د/ سليمان مرقس، سنة ١٩٦١م.

٢٧٨- المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعصرة اللاتينية- الإسلامية- الأنجلوأمريكية، مع طرح فكرة التعدي كأساس للمسئولية المدنية، د/إبراهيم الدسوقي أبوالليل، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٠م.

٢٧٩- المسئولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء، د/ سهير منتصر، ط دار النهضة العربية ١٩٩٠م.

٢٨٠- المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد، د/ حسن عكوش، الطبعة الأولى، ١٩٥٧م.

٢٨١- المسئولية المدنية في القانون المصري، د/ مصطفى مرعي، الطبعة الثانية، ١٩٤٤م.

٢٨٢- المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، د/ سليمان مرقس، القاهرة ١٩٧١م

٢٨٣- المسئولية المدنية والإثراء دون سبب، دراسة للمصادر غير الإرادية للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت، ١٩٩٨م.

٢٨٤- المسئولية المدنية، التقصيرية والعقدية، د/ حسين عامر، وعبدالرحيم عامر، دار المعارف، الطبعة الأولى ١٩٥٦م، والطبعة الثانية، ١٩٧٩.

٢٨٥- المسئولية المدنية، د/ زهدي يكن، منشورات المكتبة العربية، بيروت - لبنان.

٢٨٦- المسئولية المدنية، د/ سليمان مرقس، دروس الدكتوراه ط ١٩٥٥/٥٤م، عين شمس.

٢٨٧- المسئولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية، د/ إياد ملوكي، الطبعة الأولى، جامعة بغداد، ط ١٩٧٩- ١٩٨٠م.

٢٨٨- المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د/ حسام الدين الأهواني، طبعة ١٩٧٥م، الناشر مطبعة عين شمس.

٢٨٩- مشكلات المسئولية المدنية، الجزء الأول، د/ محمود جمال الدين زكي، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.

٢٩٠- مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، د/ محمد شكري سرور، طبعة دار الفكر العربي١٩٨٣م.

٢٩١- مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ أنور سلطان، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان، سنة ١٩٨٧م.

٢٩٢- مصادر الالتزام، د. سمير عبدالسيد تناغو، دون ناشر، ١٩٩٩-٢٠٠٠م.

٢٩٣- مصادر الالتزام، د/ عبدالناصر توفيق العطار، موسسة البستاني للطباعة ١٩٩٠م.

٢٩٤- مصادر الالتزام، د/عبدالمنعم فرج الصدّة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.

٢٩٥- المصادر غير الإرادية للالتزام، خلاصة دروس في مقرر الالتزامات (٢) في القانون الكويتي، د/ منصور مصطفى منصور، جامعة الكويت، (١٩٨٠- ١٩٨١م).

٢٩٦- معصومية الجسد، بحث في المشكلات القانونية للمساس بالجسد، د/ حمدي عبد الرحمن، طبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٩م.

٢٩٧- المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، د/ عادل جبري محمد حبيب، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م.

٢٩٨- الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، د/ عبدالودود يحي، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٨٥.

٢٩٩- الموجز في مصادر الالتزام، د/ أنور سلطان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨م.

٣٠٠- نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، د/محسن عبدالحميد البيه، مطبعة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣م.

٣٠١- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، د/ أحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة مصر، الطبعة الثانية، ١٩٥٤م.

٣٠٢- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، المجلد الثاني المصادر غير الإرادية، د/ حسام الدين كامل الأهواني، دون ناشر، ١٩٩٧- ١٩٩٨م.

٣٠٣- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، د/ جميل الشرقاوي، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٨١م، وطبعة ١٩٨٤م.

٣٠٤- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د/ محمد لبيب شنب، ط١٩٨١م، دار النهضة العربية.

٣٠٥- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، د. عبدالحي حجازي، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، دون سنة نشر.

٣٠٦- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د. توفيق حسن فرج، الدار الجامعية، بيروت الطبعة الثالثة، دون سنة نشر.

٣٠٧- النظرية العامة للالتزامات، د/ محمد وحيد الدين سوار، مطبعة رياض دمشق ١٩٨٢م.

٣٠٨- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني المصادر غير الإرادية، د/ محسن عبدالحميد البيه، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣م.

٣٠٩- النظرية العامة للقانون، د/ مصطفى الجمال، د/ عبدالحميد الجمال، طبعة الدار الجامعية ١٩٨٧م

٣١٠- النظرية العامة للقانون، د/ سمير عبد السيد تناغو، منشأة المعارف الإسكندرية.

٣١١- النظرية العامة للمسئوليات الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، د/ عاطف النقيب، منشورات عويدات، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٠م.

٣١٢- النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي — الخطأ والضرر، د/ عاطف النقيب، منشورات عويدات، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م.

٣١٣- نظرية العقد، د/ عبدالرزاق السنهوري، ط ١٩٣٤م.

٣١٤- نظرية المسئولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د/ محمد حسين الشامي، مكتبة الجيل الجديد —صنعاء- ١٩٩٤م الطبعة الأولى.

٣١٥- نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء "دراسة مقارنة" د/ طارق سرور، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠١م.

٣١٦- نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، د/ نصر الدين مروك، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة للنشر بالجزائر، ٢٠٠٣م.

٣١٧- نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد محمد بدوي، مطبعة سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية بالقاهرة، سنة ١٩٩٩م.

٣١٨- الوافي في شرح القانون المدني، (في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية —القسم الأول: في الأحكام العامة)، د/ سليمان مرقس، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨م تنقيح د. حبيب الخليلي.

٣١٩- الوجيز في القانون التجاري، الجزء الأول د/ مصطفى كمال طه، طبعة المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، ١٩٧١م .

٣٢٠- الوجيز في شرح القانون المدني، د/ عبدالرزاق السنهوري، الطبعة الثانية، ١٩٩٧م.

٣٢١- الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام د/ محمود جمال الدين زكي، طبعة مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦م.

٣٢٢- الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) د / حمدي عبدالرحمن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩م.

٣٢٣- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد — الجزء الأول، د/ عبد الرازق السنهوري، طبعة دار النهضة، ١٩٩٨م.

٣٢٤- الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، تنقيح د.مصطفى الفقي وعبدالباسط جميعي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٨١م.

(ب) الفقه الجنائي:

٣٢٥- أسباب الإباحة في التشريعات العربية، د/ محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٦٢م.

٣٢٦- الجريمة والمجرم والجزاء، د/ رمسيس بهنام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٦م.

٣٢٧- شرح القواعد العامة لقواعد العقوبات، الجريمة والمسئولية، د/ عبد الرءوف مهدي، طبعة، ١٩٨٣م.

٣٢٨- شرح قانون العقوبات، القسم العام، د/ محمود مصطفى، الطبعة التاسعة، ١٩٧٤م.

٣٢٩- شرح قانون العقوبات، القسم العام، د/ محمود محمود مصطفى، الطبعة الأولى: ١٩٦٤م، والطبعة الثانية: ١٩٦٩م.

٣٣٠- شرح قانون العقوبات، القسم العام، د/ محمود نجيب حسني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.

٣٣١- القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الناشر الشركة الشرقية للنشر والتوزيع بيروت، ١٩٧٠م.

٣٣٢- القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.

٣٣٣- القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، د/ علي راشد، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٧٤م.

٣٣٤- قانون العقوبات، القسم العام د/عوض محمد، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٨٥م.

٣٣٥- قانون العقوبات، القسم العام، د/ محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية ١٩٨٢م.

٣٣٦- قانون العقوبات، القسم العام، د/ علي أحمد راشد، طبعة ١٩٧٠م.

٣٣٧- قانون العقوبات، القسم العام، د/ مأمون محمد سلامة، طبعة دار الفكر العربي الأولى، ١٩٧٩م، والطبعة الرابعة، ١٩٨٤م.

٣٣٨- المسئولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة، د/ أسامة عبدالله قايد، دار النهضة العربية ٢٠٠٣م.

٣٣٩- المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة، د/ منير رياض الخاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩م.

٣٤٠- النظرية العامة للقانون الجنائي، د/ رمسيس بهنام، طبعة منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧١م.

٣٤١- الوجيز في قانون العقوبات د/ سامح السيد جاد، طبعة ١٩٨٠م.

٣٤٢- الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، د/ أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، عام ١٩٨٥م.

(ج) الفقه الإداري:

٣٤٣- القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي، د/ فؤاد مهنا، طبعة ١٩٨٣م.

٣٤٤- مبادئ القانون الإداري، د/ سليمان الطماوي، الكتاب الثاني، طبعة ١٩٦٤م.

٣٤٥- الوظيفة العامة، د/ حسن عبد العال، طبعة ١٩٧٣م.

حادي عشر : الرسائلُ العلميةُ

٣٤٦- أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، د/ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، رسالة دكتوراه بقسم الفقه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، مكتبة الصحابة الأمارات الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م

٣٤٧- الأحكام الفقهية لتجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري، دراسة مقارنة، د/ عبد الحليم محمد منصور علي، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر (شريعة دمنهور ٢٠٠٢م).

٣٤٨- استعمال الحق كسبب للإباحة، د/ عثمان سعيد عثمان، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٦٨م.

٣٤٩- أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د/ أحمد عبد الدايم، رسالة دكتوراه، جامعة روبيرشومان في ستراسبورغ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة، فرنسا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٩م.

٣٥٠- الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، د/ إبراهيم الدسوقي أبوالليل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٥م.

٣٥١- الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي للشيخ/ عصمت الله عناية الله، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة أم القرى بمكة المكرمة، ١٤٠٨هـ.

٣٥٢- تأجير الأرحام في ضوء الاجتهادات الفقهية والمعطيات الطبية دراسة مقارنة، د/رمضان السيد إسماعيل القطان رسالة دكتوراه شريعة دمنهور ٢٠٠٥م.

٣٥٣- التأمين من المسئولية، دراسة في عقد النقل البري، د/ سعد واصف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٨م.

٣٥٤- تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة تأصيل وتطبيق بين الشريعة والقانون، د/ الغريب إبراهيم محمد الرفاعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بدمنهور ٢٠٠٦م.

٣٥٥- تعويض المضرور في المسئولية التقصيرية في حالة إعسار المسئول في القانون المدني الكويتي، د/ فهيد محسن الديحاني، رسالة دكتوراه شريعة دمنهور ٢٠٠٣م.

٣٥٦- حالة الضرورة في قانون العقوبات، د/ إبراهيم زكي أخنوخ، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٦٩م.

٣٥٧- حكم التغذي والتداوي بالمحرمات في الشريعة الإسلامية، د/ خليل إبراهيم شكري حميض، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة عام ١٩٨٢م.

٣٥٨- الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، د/ محمد سامي السيد الشوا، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٨٦م.

٣٥٩- رضاء المجني عليه وآثاره القانونية "دراسة مقارنة"، د/ حسني محمد السيد الجدع، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٣م.

٣٦٠- رضاء المجني عليه، د/ أنطون فهمي، رسالة دكتوراه، باريس فرنسا، ١٩٧١م.

٣٦١- صلاحية المبيع للانتفاع، د/ حسن صلاح الصغير، رسالة ماجستير جامعة الأزهر شريعة القاهرة، تحت رقم ٤٣٦.

٣٦٢- الضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المغاصر، د/ محمد نصر رفاعي، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة طبعة ١٩٧٨م، دار النهضة العربية.

٣٦٣- الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، د/ محمد فاروق بدوي العكام، رسالة دكتوراه، شريعة القاهرة، سنة ١٩٧٧م.

٣٦٤- المداينات د/ عيسوي أحمد عيسوي، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٤٦م.

٣٦٥- مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/ أسامة السيد عبدالسميع، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.

٣٦٦- مسئولية الأطباء الجنائية، د / أسامة قايد، دكتوراه ١٩٨٣م.

٣٦٧- مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ حسن زكي الإبراشي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٥١م، وطبعة دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦م.

٣٦٨- المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، د/محمد فوزي فيض الله، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، شريعة القاهرة، (١٩٦٢م).

٣٦٩- المسئولية الطبية في قانون العُقوبات، د/ محمد فائق الجوهري، رسالة دكتوراه، مقدمة لجامعة فؤاد الأول "حقوق القاهرة"، ١٩٥١م، طبعة دار الجوهري للطبع والنشر القاهرة، ١٩٥٦م.

٣٧٠- المسئولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، د/ سعد سالم العسيلي، رسالة دكتوراه، جامعة قاريونس، بنغازي بليبيا ١٩٩٤م.

٣٧١- المسئولية المدنية لطبيب التخدير، د/ محمد عبد القادر العيودي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢م.

٣٧٢- المسئولية المدنية لعديمي التمييز، د/ جلال محمد إبراهيم، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة.

٣٧٣- المسئولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ عبد الراضي هاشم، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٩٤م.

٣٧٤- المسئولية المدنية للأطباء، د/ محمد عادل عبد الرحمن، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٨٥م.

٣٧٥- المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، د/ إيهاب يسر أنور علي، رسالة دكتوراه، عين شمس ١٩٩٤م.

٣٧٦- مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، د/ أحمد محمود إبراهيم سعد، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣م.

٣٧٧- المسئولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، د/ محمد لبيب شنب، رسالة دكتوراه عام ١٩٥٧م، الناشر مكتبة النهضة المصرية.

٣٧٨- المسئولية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي والمقارن، د/ سيد أمين، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، (١٩٦٤م).

٣٧٩- المسائل الطبية المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها، د/ علي داود الجفال، رسالة دكتوراه، في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ١٤٠٥هـ ١٩٨٠م.

٣٨٠- نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/محمد زين العابدين طاهر، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون أسيوط ١٩٨٦م.

٣٨١- نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/ شعلان سليمان محمد السيد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، سنة ٢٠٠٢م.

٣٨٢- نظرية السبب د/ عبدالرحمن مصطفى عثمان، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة سنة ١٩٨٤م.

٣٨٣- النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، د عصام محمد أحمد، الطبعة الثانية، القاهرة، رسالة دكتوراه ١٩٨٨م.

٣٨٤- نظرية دفع المسئولية المدنية، د/سليمان مرقس، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٣٦م.

٣٨٥- نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، د/ أحمد محمد الشريف، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦م.

ثاني عشر: كتبٌ فقهيةٌ عامةٌ

٣٨٦- أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، د/ محمد نعيم ياسين، طبعة: دار النفائس.

٣٨٧- أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام، الشيخ/ عطيه صقر، طبعة: دار الغد العربي.

٣٨٨- أحكام الجنائز، للشيخ محمد ناصرالدين الألباني، (١٣٣٢هـ- ١٩١٤م، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، المكتب الإسلامي بيروت الطبعة الرابعة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م.

٣٨٩- الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، د/ محمد خالد منصور , طبعة دار النفائس الأردن.

٣٩٠- أراء العلماء حول قضية نقل الأعضاء، د/ محمد نور الدين مربو بنجر المكي , دار الحقيقة للإعلام الدولي, الطبعة الأولى ١٩٩٥م ,

٣٩١- أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، د/ صفوت لطفي حسن, كتيب صغير دون ناشر، برقم إيداع (١٩٩٢/٧٧٦٦٢).

٣٩٢- الإسلام عقيدة وشريعة، فضيلة الشيخ/ محمود شلتوت، دار الشروق، الطبعة السادسة عشر.

٣٩٣- الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، حسن بن علي السقاف، جمعية المطابع التعاونية بالأردن، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.

٣٩٤- بيان للناس، لفضيلة الأمام الأكبر د/ جاد الحق علي جاد الحق -رحمه الله- ، طبعة وزارة الأوقاف، وط / مطبعة جامعة الأزهر ١٩٩٤م.

٣٩٥- التبيان في أقسام القرآن، لأبن القيم، دار الفكر، المدينة المنورة، الطبعة الأولي ١٤٠٣هـ تحقيق: محمد رشاد سالم.

٣٩٦- تحفة المودود بأحكام المولود، للإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، المتوفى سنة ٧٥١هـ، صـ١٥٣، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ومكتبة دار البيان دمشق، ١٣٩١هـ ١٩٧١م، الطبعة الأولى، تحقيق عبدالقادر الأرناؤوط

٣٩٧- التشريع الإسلامي الجنائي مقارنًا بالقانون الوضعي، د/ عبد القادر عودة، الطبعة الأولى، القاهرة، مكتبة دار العروبة سنة ١٩٦٠م.

٣٩٨- التصرف في أعضاء الإنسان من منظور إسلامي د/ محمد عبدالرحمن الضويني، طبعة مطبعة الغد، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.

٣٩٩- التصرف في مكونات البدن ومنافعه في الفقه الإسلامي، د/ محمد أبو زيد الأمير، طبعة ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، بدون دار نشر.

٤٠٠- تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام، للعلامة أبي الفضل عبدالله بن محمد بن الصديق الغماري الحسني , دار مصر للطباعة.

٤٠١- التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، د/ محمد المدني بوساق، دار أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩م.

٤٠٢- الجنايات في الفقه الإسلامي، د/ حسن الشاذلي، الطبعة الثانية.

٤٠٣- حكم التداوي بالمحرمات، د/ عبدالفتاح محمود إدريس، الطبعة الأولى ١٩٩٣م.

٤٠٤- حكم تشريح جسم الإنسان بين الشريعة والقانون، د / عبدالعزيز خليفة القصار، ط/ دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط / أولى ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

٤٠٥- حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، د/ حسن الشاذلي،ط كتاب الجمهورية.

٤٠٦- حكم نقل الأعضاء، د/ عقيل العقيلي، مكتبة الصحابة بجدة.

٤٠٧- الخدمة المدنية على ضوء الشريعة الإسلامية، د/ محمد عبدالله الشباني، ط/ عالم الكتب بالقاهرة، ط / الأولى ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م .

٤٠٨- دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، د/ عبد الوهاب حومد، طبعة ١٩٨٣م.

٤٠٩- دراسات ميسرة في قضايا فقهية معاصرة، د/ بلال حامد إبراهيم بلال، مجموعة محاضرات ألقيت على طلاب الفرقة الأولى قسم الشريعة والقانون للعام الجامعي ٢٠٠٦م، كلية الشريعة والقانون بدمنهور.

٤١٠- الدين الخالص أو إرشاد الخلق إلى دين الحق، للشيخ محمود محمد خطاب السبكي، المتوفى عام ١٣٥٢هـ، ط الرابعة ١٣٩٧هـ

٤١١- الروح في الكلام على أرواح الأموات والأحياء، لأبن القيم، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م تحقيق محمد على عجال.

٤١٢- زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، جمع وإعداد، د/ عبدالقيوم محمد صالح،

إصدار المركز السعودي لزراعة الأعضاء بمركز الأمير سليمان الخيري لأمراض الكلى، الطبعة الثالثة.

٤١٣- شرح الرحبية للشيخ عطية القهوفي، المسمى بسبط الماريني، ط الثانية، ١٤٠٤هـ، بتعليق د/ مصطفى ديب البغا، دار القلم بدمشق.

٤١٤- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، وضع حواشيه الشيخ زكريا عميران.

٤١٥- الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي، د/ وهبة الزحيلي، الطبعة الثالثة ١٩٨٢م.

٤١٦- الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ/علي الخفيف، معهد الدراسات العربية بالقاهرة، ١٩٧٣م، وطبعة دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م.

٤١٧- ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، د/ عبدالحميد إسماعيل الأنصاري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ٢٠٠٠.

٤١٨- علم التشريح عند المسلمين، د/ محمد علي البار، ط الدار السعودية ١٩٨٩م.

٤١٩- غرس الأعضاء في جسم الإنسان، د/ محمد أيمن صافي، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥م.

٤٢٠- غياث الأمم في التياث الظلم، لإمام الحرمين أبي المعالي الجويني (محقق) تحقيق ودراسة د/ مصطفى حلمي، د/ فؤاد عبد المنعم، مطبعة السفير بالإسكندرية.

٤٢١- الفتاوى الكبرى، لتقي الدين بن تيمية، ط دار الكتب العلمية.

٤٢٢- الفتاوى المعاصرة، د/ يوسف القرضاوي، ط دار الوفاء للطباعة والنشر بالقاهرة ١٩٩٣م.

٤٢٣- فتاوى إمام المفتين ورسول رب العالمين ﷺ لابن القيم، طبعة المطبعة المصرية.

٤٢٤- فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، للشيخ / محمد حسنين مخلوف، القاهرة ١٩٦٥م.

٤٢٥- فتاوى وتوجيهات، للشيخ / حسن مراد مناع، ط / دار الصفوة بالكويت، والغردقة بمصر، ط / أولى ١٤١١هـ-١٩٩٠م.

٤٢٦- الفتاوى، لفضيلة الشيخ / محمد متولي الشعراوي -رحمه الله- ط / المكتبة التوفيقية.

٤٢٧- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام د/ مصطفى الزرقا، طبعة ١٩٦٣م.

٤٢٨- الفقه الإسلامي ومرونته وتطوره، للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، سلسلة البحوث الإسلامية، إصدار مجمع البحوث الإسلامية،ط ١٩٨٩م.

٤٢٩- فقه النوازل، د/ بكر بن عبدالله أبو زيد، مطابع الفرزدق بالرياض، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٩هـ والناشر مكتبة الصديق- الطائف ١٤٠٩هـ ١٩٨٨م.

٤٣٠- الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن الحريري الطابعة الثانية, القاهرة سنة ١٩٣٣م.

٤٣١- قضايا فقهية معاصرة، د/ محمد سعيد رمضان البوطي، مكتبة الفاربي دمشق ١٩٩٢م.

٤٣٢- قضايا فقهية معاصرة، للشيخ محمد برهان الدين السنبهلي، ط الأولى، دار القلم دمشق ودار العلوم بيروت،الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

٤٣٣- كشاف اصطلاحات الفنون، لمحمد علي التهانوي،، طبعة مكتبة لبنان — بيروت ط الأولى ١٩٩٦م.

٤٣٤- مائة سؤال وجواب لفضيلة الشيخ/ محمد متولي الشعراوي، كتاب من الآلف إلى الياء للأستاذ/ طارق حبيب.

٤٣٥- مجموع الفتاوى، لابن تيمية، جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم النجدي الحنبلي.

٤٣٦- المختارات الجلية، للشيخ / عبدالرحمن بن ناصر بن سعدي، طبعة، المدني ١٣٧٨هـ

٤٣٧- مختصر المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٢٠م.

٤٣٨- المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي، د/ أحمد فتحي بهنسي، القاهرة، ١٩٦١م.

٤٣٩- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د/ عبدالرزاق السنهوري، طبعة ١٩٧٦م، القاهرة.

٤٤٠- الملكية في الشريعة الإسلامية الشيخ / على الخفيف، ط ١٩٦٩م.

٤٤١- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، د/ محمد فوزي فيض الله، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م، الكويت.

٤٤٢- نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي،ط دمشق ١٩٧٠م.وطبعة دار الفكر-بيروت، (١٩٩٨م)

٤٤٣- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د/ صبحي المحمصان، الطبعة الأولى، مطبعة الكشاف-بيروت، ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م، والطبعة الثانية ١٩٧٢م.

٤٤٤- نقل الأعضاء بين الطب والدين، د/ مصطفى محمد الذهبي , دار الحديث , القاهرة الطبعة الأولى١٤١٤هـ،١٩٩٣م ,

٤٤٥- نقل وزراعة الأعضاء من منظور إسلامي، د/ عبد السلام السكري، الطبعة الأولى، دار المنار، القاهرة ١٩٨٨م.

ثالث عشر: الكتبُ الطبيةُ

(أ) كتبٌ طبيةٌ قديمةٌ:

٤٤٦- تذكرة أولي الألباب والجامع للعجب والعجاب، المسمى بتذكرة داود , لداود بن عمر الأنطاكي، المتوفى سنة ١٠٠٨هـ، ط ١٣٧١هـ مطبعة البابي الحلبي بمصر، وبهامشها، نزهة المبهجة، والنزهة المبهجة وتعديل الأمزجة، بهامش تذكرة داود، جـ٢ , صـ١٤٠ .

٤٤٧- زاد المعاد في هدي خير العباد، للإمام محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، ط، المطبعة المصرية.

٤٤٨- شرح تشريح القانون، لأبي الحسن علاء الدين بن أبي الحزم القرشي (ابن النفيس)، المتوفى سنة ٦٨٧هـ، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ١٩٨٨م، وطبعة دمشق سوريا ١٩٨١م تحقيق أ/ سلمان قطاية .

٤٤٩- طب الرازي، دراسة وتحليل لكتاب الحاوي، شرح وتعليق، د/ محمد كامل حسن، صـ٤٢

٤٥٠- الطب النبوي والعلم الحديث، د/ محمود ناظم النسيمي،، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م.و الطبعة الثانية،، مؤسسة الرسالة بيروت.

٤٥١- الطب النبوي، لابن القيم، ط البابي الحلبي، ١٣٧٧هـ، تعليق: عبدالغني عبدالخالق,وطبعة الدار المصرية اللبنانية، ط٢، سنة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م، تحقيق محمد فتحي أبو بكر.

٤٥٢- الطب من الكتاب والسنة، للإمام موفق الدين عبداللطيف البغدادي، تحقيق: عبدالمعطي قلعجي، طبعة دار المعرفة بيروت، الأولى، ١٤٠٦هـ

٤٥٣- القانون في الطب، لابن سيناء، طبعة بالأوفست.

٤٥٤- الطب الإسلامي- د/ أحمد طه، ط دار القافلة بمصر.

٤٥٥- الطب عند العرب والمسلمين تاريخ ومساهمات- د/ محمود الحاج قاسم، ط الأولى، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ١٤٠٧هـ

(ب) كتبٌ طبيةٌ حديثةٌ:

٤٥٦- أحكام التداوي والحالات الميئوس منها وقضية موت الرحمة، د/ محمد علي البار, دار المنارة للنشر والتوزيع.

٤٥٧- الأسس الأمراضية لأمراض جهاز الهضم، لملهم الملوحي، ومعن البدوي، وعماد رمضان، وعبدالرؤف السلطي, دار المأمون للتراث دمشق، ط الأولى ١٤٠٦هـ

٤٥٨- أمراض الصدر الجراحية، د/ محسن أسود , مطبعة رياض دمشق ١٤٠٢هـ

٤٥٩- أمراض وزراعة الكبد , د/ إبراهيم بن حمد الطريف , الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ١٩٩٩م, مكتبة الملك فهد الوطنية.

٤٦٠- التخدير، لغوردون أوستلر، وروجر برايس سمث، ترجمة أعضاء هيئة التدريس بقسم التخدير والإنعاش، جامعة دمشق، مطبعة الداودي، ١٩٨١م.

٤٦١- التمريض الجراحي والباطني وفروعهما، د/ سعاد حسين حسن، ط دار النفائس ببيروت.

٤٦٢- جراحة البطن، د/ لطفي اللبابيدي , د/ محمد الشامي , مطبعة الجاحظ , دمشق ١٤٠١هـ

٤٦٣- جراحة الحرب الطارئة، (كتاب الحلف الأطلسي عن الجراحة العسكرية) ترجمة د/ ياسر الياغي , مراجعة د/ نبيه معمر , مؤسسة الأبحاث العربية, الطبعة الأولى ١٩٨٢م بيروت.

٤٦٤- الجراحة الصغرى، د/ رضوان بابولي , ود/ أنطون دولي صـ٢٤ , منشورات جامعة حلب , كلية حلب ١٤٠٧هـ

٤٦٥- الجراحة العامة لمجموعة من الأطباء، ط مطبعة الإنشاء سوريا ١٣٩٩هـ.

٤٦٦- السلوك المهني للأطباء، د/ راجي عباس التكريتي، دار الأندلس للطباعة والنشر، ط الثانية١٤٠٢هـ

٤٦٧- السلوك المهني للأطباء، د/ راجي عباس التكريتي، دار الأندلس للطباعة والنشر، ط الثانية ١٤٠٢هـ

٤٦٨- سلوكيات وآداب وقوانين مزاولة مهنة الطب، وكيف يتصرف الطبيب عند اتهامه، لمصطفى عبد اللطيف، وهاني أحمد جمال الدين، دار الهلال للطباعة والتجارة بمصر، ١٩٨٤م.

٤٦٩- الشفاء بالجراحة، د/ محمود فاعور, ط الأولى ١٩٨٦م , دار العلم للملايين بيروت.

٤٧٠- الطب الشرعي في مصر، د/ عبدالحميد عامر، د/ سيدني سميث، مطبعة المقتطف والمقطم، القاهرة ١٩٢٤م.

٤٧١- الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية، معوض عبدالتواب، سينوت حليم دوس ط / منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧م.

٤٧٢- الطب الشرعي والسموميات، باب الموت وعلاماته والتغيرات المواتية، لمجموعة من أساتذة الطب الشرعي، الكتاب الجامعي منظمة الصحة العالمية، ط ١٩٩٣م، د/هدى دياب.

٤٧٣- الطب الشرعي، د/ عبدالحكم فودة، د/ سالم حسين، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.

٤٧٤- الطب الشرعي، د/ محمد سليمان، القاهرة ط ١٩٥٩م.

٤٧٥- الطب عند العرب، د/ حنيفة الخطيب، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت ١٩٨٦م.

٤٧٦- الطبيب أدبه وفقهه، د/ محمد علي البار،د/ زهير أحمد السباعي، ط/ دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط / ثانية ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٤٧٧- علامات الموت في الطب الشرعي، سميسون،الطبعة السادسة ١٩٧٧م.

٤٧٨- علم تشريح جسم الإنسان، د/ شفيق عبدالملك، طبعة ١٩٥٩م القاهرة.

٤٧٩- العمليات الجراحية وجراحة التجميل، إعداد د/محمد رفعت، اشترك في تأليفه عدد من أساتذة كليات الطب في مصر، ط الرابعة، ١٩٨٤م دار المعرفة للطباعة والنشر.

٤٨٠- الفشل الكلوي وزرع الكلي، د. محمد علي البار، دار القلم دمشق والدار الشامية بيروت، ١٩٩٢م،

٤٨١- فن الجراحة، د/ مظهر المهايني، مطبعة جامعة دمشق.

٤٨٢- الكبد، الدليل المتكامل للكبد - الأمراض- التشخيص- العلاج، د/ عبدالرحمن الزيادي، ط الأولى دار الشروق، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م

٤٨٣- الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم , د / عبده مبروك الشافعي، كلية طب الأزهر، بدون طبعة.

٤٨٤- مقدمة في فن التمريض، د/ سعيد الجاني، وهدية اللحام، دار الأندلس للطباعة والنشر والتوزيع، ط الأولى.

٤٨٥- موت الدماغ بين الطب والإسلام، د/ ندى محمد نعيم الدقر، ط دار الفكر المعاصر بيروت لبنان، ودار الفكر دمشق.

٤٨٦- موت القلب أو موت الدماغ، د/محمد على البار، جدة الدار السعودية للنشر والتوزيع ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م

٤٨٧- الموجز في الطب الشرعي وعلم السموم، د/ محمود مرسي، د/ بحر كامل، ١٩٧٥م مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.

٤٨٨- الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د/ محمد علي البار , الطبعة الأولى, دار القلم — دمشق , الدار الشامية — بيروت ١٤١٤هـ ١٩٩٤م.

٤٨٩- النشرة السعودية لأمراض وزرع الكلي، د/ محمد زهير القاوي، سنة ١٩٩٢م.

٤٩٠- الوجيز في الطب الإسلامي، د/ هشام الخطيب، صـ١٩٢، ط دار الأرقم سنة ١٤٠٥هـ

رابع عشر : البحوث الفقهية والقانونية والطبية المنشورة في الندوات والمجلات العلمية:

٤٩١- الآثار المترتبة على موت المخ ووسائل التشخيص، د/عباس رمضان، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م

٤٩٢- الآثار المترتبة على نقل الدم البشري للأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوي، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت، العدد ٤٨ ذو الحجة ١٤٢٢هـ، مارس ٢٠٠٢م، السنة السابعة عشر، الجزء الأول.

٤٩٣- الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ أحمد شرف الدين، بحث مقدم للمؤتمر العالمي للطب الإسلامي المنعقد بالسعودية عام (١٩٨١م).

٤٩٤- الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، د. بلحاج العربي بن أحمد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٤٢، السنة ١١.

٤٩٥- أسئلة وأجوبة، الشيخ / أحمد هريدي، مجلة الشبان المسلمين (القاهرة)، ١٩٦٩م، العدد (١٥٢).

٤٩٦- استخدام الأجنة في البحث والعلاج، د/ حسان حتحوت، ، بحث مقدم لندوة زرع الأعضاء، الكويت، أكتوبر، ١٩٨٩م.

٤٩٧- الأفكار القديمة والحديثة حول تحديد الموت، د/ حسن حسن علي، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م.

٤٩٨- انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر، د/ العبادي، مجمع الفقه الإسلامي.

٤٩٩- انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان أخر حياً أو ميتاً د/ حسن لشاذلي، من بحوث مجمع الفقه الإسلامي عام ١٩٨٧م.

٥٠٠- الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، د/ أحمد جلال الجوهري، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨١.

٥٠١- الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، د/ بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، مجلد ٣.

٥٠٢- بيع الأعضاء الآدمية، د/ محمد نعيم ياسين، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة الكويت — السنة الحادية عشر — العدد الأول مارس ١٩٨٧م رجب ١٤٠٧هـ، ومنشور أيضاً ضمن أعمال ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقد في ١٨ أبريل ١٩٨٧م.

٥٠٣- التبرع بالكلى في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، د/ مناع خليل القطان، منشور ضمن زرع الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية بالمركز السعودي لزراعة الأعضاء، الطبعة الثالثة.

٥٠٤- التحديد الطبي الإسلامي في مفهوم موت الدماغ، د/ محمود كريدية، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٠٥- تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ، د/ صفوت حسن لطفي، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة تعريف الموت بدولة الكويت ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٠٦- تحديد معيار الوفاة، المؤتمر الطبي المنعقد بنقابة الأطباء، والمنشور بجريدة اللواء الإسلامي، العدد: ٥٦٤ بتاريخ: ١٩٩٢/١١/١٢م.

٥٠٧- ترقيع الأحياء بأعضاء الأموات، د/ مصطفى أحمد الزرقاء، مجلة حضارة الإسلام (دمشق) ١٣٨٥هـ، ١٩٦٥م.

٥٠٨- تشخيص موت ساق المخ، د/ عمادالدين الفضلي، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٠٩- التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني، د/ بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

٥١٠- تشريح جسم الإنسان لأغراض التعليم الطبي، د/ شاكر شبير قنديل، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن المسئولية الطبية، جامعة قاريونس، بني غازي، ليبيا، في الفترة من ٢٣ — ١٩٧٨/١٠/٢٨م.

٥١١- تعويض تفويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجلة الحقوق الكويتية، س١٠، العدد الثالث، ١٩٨٦م.

٥١٢- الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، د/ محمود نجيب حسني، مجلة القانون والاقتصاد، س٢٩، عام ١٩٥٩م.

٥١٣- حقيقة أزمة المسئولية المدنية ودور تأمين المسئولية، د/محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، مجلة المحامي الكويتية، س ١٦، أعداد، يوليو، أغسطس، سبتمبر، سنة ١٩٩٢م.

٥١٤- حقيقة الموت والحياة، د/ توفيق الواعي، من بحوث ندوة الحياة الإنسانية ٢٤ ربيع الآخر ١٤٠٥هـ، ١٥ يناير ١٩٨٥م.

٥١٥- حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، د/ محمد نعيم ياسين، بحث منشور بمجلة الحقوق جامعة الكويت السنة الثانية عشر، العدد الثالث محرم، ١٤٠٩هـ سبتمبر ١٩٨٨م.

٥١٦- الحكم الشرعي لاستقطاع الأعضاء وزرعها تبرعاً أو بيعاً، د/ أمين محمد البطوش، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٥٣، محرم ١٤١٩هـ،

٥١٧- حكم بيع الإنسان لعضو من أعضائه أو التبرع به، لفضيلة أ.د/ محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر، بحث منشور بندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية والمنعقدة بدولة الكويت عام ١٩٨٧م.

٥١٨- حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د/ عبدالعزيز خليفة القصار، بحث منشور بمجلة الحقوق بالكويت السنة الثانية والعشرون، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٩٨م.

٥١٩- حكم تشريح جثة المسلم، من بحوث اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، مجلة البحوث الإسلامية، المجلد الأول، العدد الرابع ١٣٩٨هـ

٥٢٠- الحماية الدولية لحقوق الإنسان وتطوير القانون الدولي، د/ عبدالعظيم الجنزوري، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٧٠، العدد ٣٧٧، يوليو ١٩٧٩م.

٥٢١- الخبرة العلمية الحديثة وصلتها بالاجتهاد، د/ أحمد عروه، بحث مقدم للملتقى الفكري الإسلامي العالمي المنعقد بالجزائر يوليو ١٩٨٣م.

٥٢٢- الخطأ الطبي في نطاق المسئولية المدنية، د/ محمد هشام القاسمي، مجلة الحقوق والشريعة، س١٣، ع١، مارس ١٩٧٩م.

٥٢٣- الخطأ الطبي، د/ عبدالسلام التونجي، تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولي عن المسئولية الطبية، جامعة قاريوني- بنغازي، ١٩٧٨م.

٥٢٤- زراعة الأعضاء والقانون، د/ أحمد شرف الدين، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الأولى، العدد الثاني، يونيو ١٩٧٧م، ومنشور بمجلة الأمن العام، العدد السادس والسبعون.

٥٢٥- زراعة الأعضاء، د/ هاشم جميل عبد الله، مقال منشور بمجلة الرسالة الإسلامية عدد ٢١٢.

٥٢٦- زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، د/ محمود علي السرطاوي، مجلة دراسات (الشريعة والقانون)، الجامعة الأردنية، عمان، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، جماد الآخر عام ١٤٠٥هـ أكتوبر ١٩٨٤م.

٥٢٧- صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني، د/ عبد الهادي العطافي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، ١٩٧٤م.

٥٢٨- الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، د/ أحمد شرف الدين، تقرير مقدم لجمعية الطب والقانون المصرية، منشور بالمجلة الجنائية القومية، مارس ١٩٧٨م، العدد الأول، المجلد الحادي والعشرين.

٥٢٩- الضوابط والأخلاقيات في التكاثر البشرى في العالم الإسلامي، د/ جمال أبو السرور، بحث مقدم إلى ندوة الضوابط الأخلاقية في تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧م.

٥٣٠- عطاء الكلية لزراعتها في المجتمع المصري، د/ زكريا الباز، بحث مقدم لندوة نقل الكلى والكلى الصناعية والمنشورة بالمجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨.

٥٣١- فتاوى شرعية، د/ يوسف القرضاوي، مجلة منار الإسلام، عدد محرم ١٤١٩هـ

٥٣٢- فتح الجثة ومشكلات الإعلام الصحي، نور الدين عتر، مجلة الوعي الإسلامي، العدد ٦٤.

٥٣٣- الفشل العضوي النهائي والآثار المترتبة على موت أحد الأعضاء الرئيسية الداخلية مثل القلب والرئتين والكبد، د/ محمد إبراهيم السبيل، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٣٤- فكرة المصلحة في قانون العقوبات، د / حسنين عبيد، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨م.

٥٣٥- فلسفة التاريخ العقابي، د/ ثروت أنيس الأسيوطي، مجلة مصر المعاصرة العدد ٣٣٥، يناير ١٩٦٩م.

٥٣٦- القانون الدولي وحقوق الإنسان، د/ وحيد رأفت، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٧٧م.

٥٣٧- قواعد وآداب الطب الإسلامي، لمحمد قطب الدين، تقرير مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، الكويت، ١٩٨١م.

٥٣٨- القول الوضاء في حكم نقل الدم والأعضاء، د/ عبد الحسيب رضوان، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية و القانونية بكلية الشريعة و القانون بدمنهور العدد ١٢ عام، ١٤١٧هـ ١٩٩٧م.

٥٣٩- المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج، د/ عبد الستار أبوغدة، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثاني للطب الإسلامي المنعقد بالكويت (١٩٨٢م) والمنشور بمجلة المسلم المعاصر العدد (٣٥)

٥٤٠- متى بدأت الحياة الإنسانية، د/ أحمد شوقي إبراهيم، بحث مقدم إلى ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، المنظمة الطبية للعلوم الإسلامية دولة الكويت " والمنعقدة بتاريخ الثلاثاء ٢٤ ربيع الأخر ١٤٠٥ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥.

٥٤١- مدى تعلق الحقوق بالتركة، الشيخ علي الخفيف، مجلة القانون والاقتصاد، عام ١٩٤٤م، العدد ١ و ٢.

٥٤٢- مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون المقارن، د/ أحمد محمد إبراهيم، مجلة الأزهر،المجلد ٢٠، ١٣٦٨هـ.

٥٤٣- مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية، د/ محمود محمود مصطفى، مجلة القانون والاقتصاد، س١٨، القسم الثاني ١٩٤٨م.

٥٤٤- مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، د/ وديع فرج، مجلة القانون والاقتصاد س١٢، العدد الأول سنة ١٩٤٢م.

٥٤٥- مسئولية الأطباء، للشيخ/ محمد عبدالعزيز المراغي، مجلة الأزهر، المجلد ٢٠، ١٣٦٨هـ.

٥٤٦- مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي د/ رأفت محمد حماد، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور العدد العشرون سنة ٢٠٠٥م.

٥٤٧- مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وفي القضاء الكويتي والمصري والفرنسي، د/ أحمد شرف الدين،الكويت، ١٩٨٣م.

٥٤٨- مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى، د/ سليمان مرقس، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة، عدد ٢ فبراير ١٩٣٧م.

٥٤٩- المسئولية الطبية بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث، د/ عبد الناصر كعدان، بحث منشور بالشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت).

٥٥٠- المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية، د/ محمود السرطاوي، بحث منشور بمجلة (دراسات) الأردنية العدد الأول، ١٩٨٢م.

٥٥١- المسئولية المدنية للفريق الطبي المعالج للمريض في القانون المصري، د/ فريد عبد المعز فرج، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية، بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد ٢١، عام ٢٠٠٦:

٥٥٢- المسئولية المدنية للمحكم عن أخطائه التحكيمية فى القانون المصرى والقوانين الأخرى دراسة مقارنة، د/ فريد عبد المعز فرج، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد العشرون، سنة ٢٠٠٥م.

٥٥٣- المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، د/ حسام الأهواني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ١٩٧٥، العدد الأول السنة السابعة عشر.

٥٥٤- مشروعية التصرف في جسم الآدمي في القانون الوضعي والفقه، د/ سعيد عبدالسلام، مجلة المحاماة العدد (٩، ١٠) السنة السبعون، ١٩٩٠م.

٥٥٥- المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، د/ رياض الخاني، المجلة الجنائية القومية المصرية، العدد الأول، المجلد الرابع عشر، مارس ١٩٧١م.

٥٥٦- معصومية الجسد، د/ حمدي عبدالرحمن بحث منشور بمجلة العلوم القانونية الاقتصادية، إصدار كلية الحقوق بجامعة عين شمس، عدد خاص، س٢٢، ١٩٨٠م.

٥٥٧- مفهوم الموت وزراعة الأعضاء البشرية للضرورات العلاجية في ضوء الشريعة الإسلامية، د/جودة عبدالغني بسيوني، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الخامس عشر، الجزء الأول ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٥٥٨- مفهوم وفاة الإنسان من الناحية العلمية ومقارنته بالمفهوم الشرعي، د / مختار المهدي، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوتها التاسعة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٥٩- موت الدماغ، د/ محمد زهير القاوي، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٦٠- موت الدماغ: التعريفات والمفاهيم، الدكتور عدنان خريبط، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوة "تعريف الموت" ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٦١- موت جذع المخ مراجعة ومناقشة، د/ عصام الشربيني، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة تعريف الموت بدولة الكويت ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٦٢- موقف الشريعة الإسلامية من الإخصاب الطبي المساعد، أستاذنا الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوى، بحث مقدم إلى ندوة الضوابط الأخلاقية في تطبيق تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

٥٦٣- نحو تعريف الموت في المفهوم الطبي والشرعي، د/ حسين محمد مليباري، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة تعريف الموت بدولة الكويت ديسمبر ١٩٩٦م.

٥٦٤- نظرة في مسئولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، د/ محمد لبيب شنب، مجلة المحامي (الكويت) السنة الخامسة ١٩٨١م، الأعداد السابع والتاسع.

٥٦٥- نظرية التعسف في استعمال الحق، د/ أحمد فهمي أبو سنة، مجلة الأزهر، ديسمبر ١٩٦٢م.

٥٦٦- نظرية الحق، د/ أحمد فهمي أبوسنه، بحث منشور في "الفقه الإسلامي أساس التشريع" المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، الكتاب الأول ١٩٧١م.

٥٦٧- وفاة الإنسان من الناحية العلمية ومقارنته بالمفهوم الشرعي، د/ مختار المهدي، ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعنوان تعريف الموت بدولة الكويت ١٧ ديسمبر ١٩٩٦م.

خامس عشر : الموسوعات العلمية

٥٦٨- مدونة التشريعات المصرية، إشراف / السيد حسن البغال (قانون العقوبات) ١٩٨٢م.

٥٦٩- الموسوعة الطبية الحديثة، لمجموعة من الأطباء، ط الثانية، ١٩٧٠م، لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي بمصر.

٥٧٠- الموسوعة الطبية الفقهية، د/ أحمد محمد كنعان، الطبعة الأولى، دار النفائس، بيروت، ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠م.

٥٧١- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م.

٥٧٢- الموسوعة القانونية في المهن الطبية، المستشار/ عدلي خليل، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م، وطبعة دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ١٩٩٦م.

٥٧٣- موسوعة جمال عبدالناصر الفقهية، الصادرة من المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة، ١٣٩٠هـ.

سادس عشر : مراجع قانونية أجنبية

- Bricmont (G.) : Journal des tribunaux du 27 février 1971, No. 4733, .
- Caste – Floret (P.) : La Greffe du Coeur devant la morale et devant le droit, Rev., Sc. Crim, 1969.
- Charaf El-Dine (A.) : "Droit de le transplantation d,organs, etude comparative" these paris, 1975 .
- Chavanne (A.) Point de vue juridique dans une Réunion de l'Association lyonnaise de médecine légale, Bull. de Méd. Lég. Et toxicologie, Lyon 1967.
- Chevalier (G.) : Les experimentations médicales, Rapport présenté au colloque des Magistrats Résistants, mars 1959..
- Colloque de Marseille sur "les états frontières entre 1 et la mort", Marseille chirurgical, numéro de janvier – fé 1966.
- Decocq. (A) : Essai d'une théorie générale des droits sur la personne. Thése Paris 1957.
- Defol Jeanne Emerante, Le consentement du malade à l'acte médical, thése, Paris, 1982.
- Dierkens : R : "Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme". Collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd., Masson, et cie, Paris, 1966..
- Doll, J.P. La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le crops humain, collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd, Masson, et cie, Paris, 1970.
- Doll. "Le droit de disposer de son cadavre ades fins, therapeutiques, ou seientifiques", Rev. sc. crim. no. 1, 1971.
- DUBO. La transplantation d'organes, êtdude de droit privé, thése. Lille, 1978.
- F. GRANET : La bioéthique, étude deprojet deloin no 2600, petites affiches d'alsace, 1993.

- F.D'Allains, Les problémes posés par les prélevments d,organs sur un mort en survie artificielle, cahiers Laenec, mars 1966, p.46-47

- Fourgroux, J.CH. et PY, J : A propos des greffes du cœur : garanties juridiques in dispensable pour les greffes d'organes, Gaz. Pal 1968, .

- Fred (J.) Smith (M.A. Oxam) : Taylor's principles and practice of medical jurisprudence, Vol. I, 1920. .

- G. VINEY, De la responsabilité personnel à la répartition des risques, Archives de philosophie du droit, 22, la responsabilité.

- G: Bricmont, Lesproblemés Juridiques posés parles Prélevements d,organes sur Lecadavre, J :T : 1971.

- Guinand (J.) : Le corps humain, personnalité et famille en droit Suisse, rapport presenté aux travaux Captian, .

- Hamburger (J.) : Progrès de la Médecine et responsabilité du médecin, IIe congrès international de morale médicale, paris. Mai 1966.

- Hirtz Gabriel, le consentement aux opérations, thése médicine Bordeaux 1933.

- Hubert Winston Smith : An introduction to the interrelationships of law and medicine, De Panel Law Review, vol. XVIII. Summer 1969.

- Jacquinot (G.) : Prelevements d'organes et protection des mineurs, in lavie judiciaire, 1978, No. 1687, P. 5 et in Gaz Pal. Du 10 Fév. 1979, D oct – i – 1979.

- Jean Guinad, Le corps humain, personnalité juridique, et famille en droit Suisse, travaux de L,Association Henri capitant, T.xxvi, D.1975; p.167

- Kornprobst (L.) : Du consentement aux prélevements et transplantations de Tissuesou organes humaines, colloque de Magistrats Résistants, Paris, 1969.

- Kornprobst (L.) : Les droits de l'homme malade devant les nouveaux programmes therapeutiques – Rev d.r de l'homme 1974.

- Kornprobst Louis.et Delphin Sabine, Le contrat de soin médicaux, Sirey, 1960.

- Le Cabec Sylvie, Le devoir d'information du médecin et le consentement du patient, mémoire pour le diplôme, Université de Paris, 1982.

- Lombois (J.C.) : De l'infleuence de la santé sur l'existence des droits civils. Thése poitiers 1961.

- M. PLANIOL, "Etude Sur Responsabilité Civil" Revue Criitgue, Legis et Juris, 1905.

- Mazeau et Tunc : "Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle" be éd., 1965

- Meyers (D.) : The Human Body and the Law, Edinburgh University Press. 1970.

- Raymondis (L.M.) : Problèmes juridique d'une définition de la mort a propos des greffes d'organes, Rev. Trim. dr. civ. 1969, pp. 29 et s;

- Savatier (R.) : Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains. J.C.P. 1969. 2247. cf. ABOAF : L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle, thèse, Paris, 1941.

- Savatier : "La greffe hamaine, problème juridique, Cahier Laennec, 1956.

- Singer, Charles and Underwood, E. Ashworth. A Short History of Medicine. Clarendon Press, Oxford, 1962.

- Terfve (A.) : Rapport sur le crops humain et les actes Juridiques en droit Belge, in Travaux Henri Capitan. 1975.

- Travaux de l'institut de sciences criminelles de po 1979, I, sur problèmes juridiques médicaux et social la Mort, diagnostic de la mort, prélèvements d'org suicide euthanasie, éd. Cujas, 1979.

- Y. Lambert – Faivre : "Vers le principe d'une responsabilité médicale objective pour risque" R. Maro. Dr. Ec. Dev., no. 32, 12 – 13 nov. 1994.

سابع عشر: المراجع الطبية الأجنبية

- Nudeshima J: "Obstacles to brain death and organ transplantation in Japan". The lancet, Vol. 338, p. 1063-4, Oct. 26, 1991.

- Benzel EC, Gross CD, Hadden TA: "The apnea test for the determination of brain death". J. Neurosurg. 71:191-4, 1989.

- Camps FE, Rabinson AE, Lucas BB, Thomas FC: "Legal Medicine" Bristol: John Wright & Sons LTD, 3rd edition, 1976.

- Gando, S, Kitmai K, Tsujinagalt, Matsubara I, Ando M, Tedo I: Ando M, Tedo I; "Non-clostridial gas-producing brain abscess in a brain dead patient-Report of a case". No-to-shinkei, Mar 40 (3) p. 247-52, 1988.

- Grigg MM, Kelly MA, Celesia GG, Ghobrai MW, Ross ER: "EEG activity after brain death". Arch. Neurol. Sep. 44 (9), p. 948 - 54, 1987.

- Hill DJ, Evas DW, Gresham G: "Availability of cadaver organs for transplantation ".British-Med. J., Vol. 303, p. 312-313, Aug., 1991.

- Levin SD, Whyte RK: "Brain death Sans Forntieres". The new England J. of Medicine, Mar. 31, p. 852 - 3, 1988.

- Levin SD, Whyte RK: "Brain death Sans Forntieres". The new England J. of Medicine, Mar. 31, p. 852 - 3, 1988.

- Nudeshima J: "Obstacles to brain death and organ transplantation in Japan". The lancet, Vol. 338, p. 1063-4, Oct. 26, 1991.

- Pallis C. Prognostic value of brainstem lesion. Lancet 1981.

ABC of brainstem death. From brain death to brainstem death. Br Med J. 1982.

ABC of brainstem death. The declaration of death. Br Med J. 1983..

- Pitts LH, M.D., Caronna J. M.D.: "Apnea testing in diagnosis of brain death". J. Neurosurg, vol. 57, p. 433-4, 1982.

ثامن عشر: إيضاح المختصرات الرئيسية Principales abbreviations

RTD. VIV	Revu trimestielle de droit civil.
Obs	Observations.
Bull. Civ	Bulletin des arêt de la cour de cassation (chambress civiles).
Cass	Cour de cassation.
Com	chamber comerciale de la cour de cassation
D	Dalloz Recueil
D.P	Dalloz Périodique
G.P	Gazette du palais
J.C.P	Juris-Classeur périodique (Semaine Juridique)
Req	Chambre de reqêtes de la cour de cassation.
S	Sirey périodique
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Mél	Mélanges.
OP.Cit	Ouvrage précité (opus citus)
P	Page
Vol	Volume

تاسع عشر: مواقع الشبكة الدولية (الأنترنت)

http://www.islamonline.net/Arabic/contemporary/tech/2001/article1-16.shtml

httpwww.your-doctor.netgithepato_bil.htm

http://www.liver-eg.org/Liver%20Transplantation1.htm

http://www.khayma.com/mchamsipasha/Liver.htm

http://www.liver-eg.org/Liver%20Care%20Arabic.htm

http://www.arabic.xinhuanet.com/arabic/2006-06/11/content_264818.htm

http://www.raya.com/site/topics/index.asp?cu_no=2&lng=0

httpwww.ss-ge.comfirst_samir.htm

www.scot.org.saarabicliver.html - 64k.htm

http://www.6abib.com/a-733/t- ١٤٢٦/٦/١٣هـ

//www.islamonline.net/livedialogue/arabic/Brow.htm

فهرس الموضوعات

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

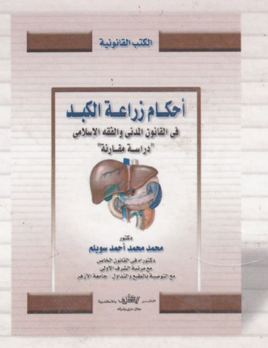
الموضـــــوع الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

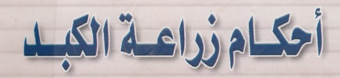
الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة








الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية
جلال حزي وشركاه